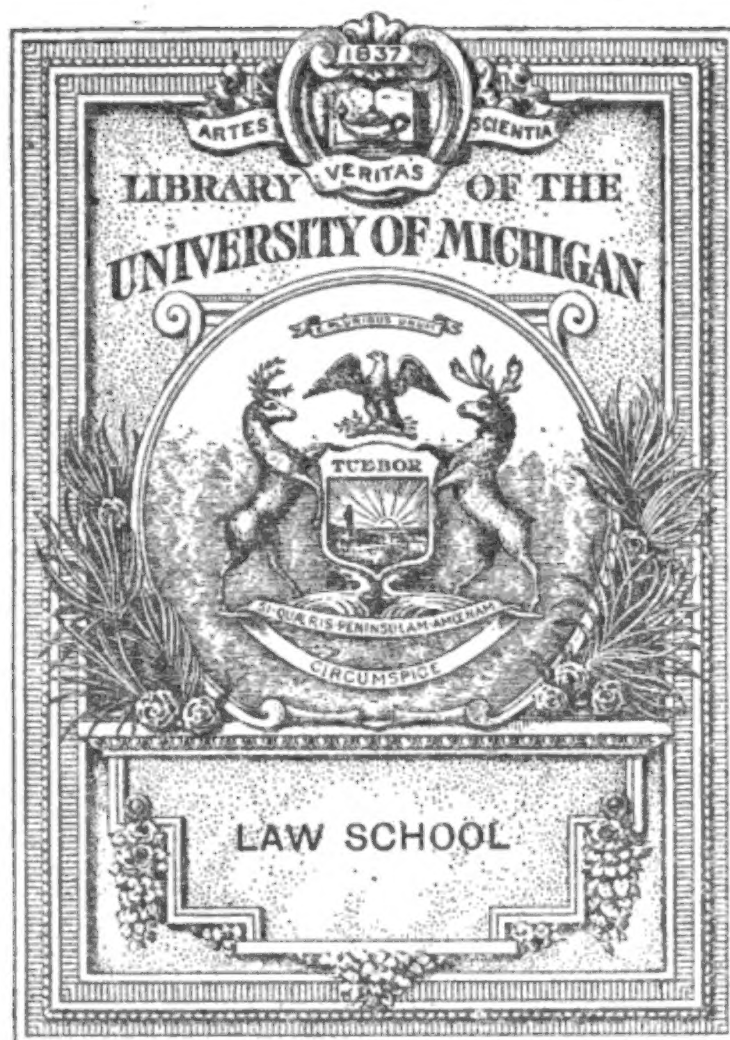
Digitized by Google


1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE
LAW SCHOOL

Archiv
für die
Civilistische Praxis.

Herausgegeben
von

Franklin, Hartmann, Mandry, Wendt,
Professoren der Tübinger Juristenfakultät,

Professor Dr. **Bülow,**
Geheimen Hofrath in Heidelberg,

und

Dr. **von Kohlhaas,**
Präsidenten des K. Oberlandesgerichts zu Stuttgart.

Zweiundachtzigster Band.
(Neue Folge. Zweiunddreißigster Band.)

Freiburg i. B. und Leipzig 1894.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

Inhalt.

Erstes Heft.

Zweites Heft.

Drittes Heft.

I.

Zum Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft.

Von

Herrn Dr. A. Bolze, Reichsgerichtsrath
in Leipzig.

---

1. Seit der Veröffentlichung meines Aufsatzes in Bd. 76 Nr. 6 dieses Archiv's ist, und zwar ganz neuerdings bei dem Reichsgericht, ein Fall abgeurtheilt, bei welchem eben die dort behandelte Frage zu entscheiden war. Es gereicht mir zu großer Befriedigung, daß das Reichsgericht in dem Urtheil I. 231/93 vom 25. Okt. und 18. Nov. 1893 zu demselben praktischen Resultat gelangt ist wie mein vorstehend gedachter Aufsatz.

Diesmal war nicht ein Irrthum, und der dadurch herbeigeführte Mangel im Konsense, sondern die Handlungsunfähigkeit des einen Kontrahenten der Grund der Nichtigkeit. Ein Mann, welchen der Beklagte für handlungsfähig hielt, ohne daß ihm deshalb ein Vorwurf gemacht ist, überbrachte dem Beklagten, einem Kaufmann zu Dortmund i. J. 1887 ein ihm gehöriges, mit 4% verzinsliches Werthpapier über 11 000 Mk. Der Beklagte sollte und wollte das Werthpapier erwerben und demnächst veräußern. Er zahlte dem Manne 3000 Mk., der Rest des Werthes oder des vereinbarten Kaufpreises sollte nach der

Verwerthung gezahlt werden. Der Beklagte hat das Papier verwerthet, der Mann aber ist mit dem Gelde verschwunden und nicht wieder zum Vorschein gekommen. Ihm ist ein curator absentis bestellt. Der Kurator hat gegen den Kaufmann auf Zahlung des vollen Werthes des Papiers ohne Abzug der 3000 Mk. geklagt. Seinen Behauptungen entsprechend wurde von den Vorderrichtern thatsächlich festgestellt, daß der Kurande zur Zeit des Geschäfts blödsinnig im Sinne des Preußischen Allgemeinen Landrechts I, 1, § 28 war, d. h. des Vermögens ermangelte, die Folgen seiner Handlungen zu überlegen. Die Vorderrichter haben deshalb richtig angenommen, daß das Geschäft ungültig sei, — vgl. A. L.=R. I, 4 § 27, dazu Förster=Eccius, Pr. Privatrecht I, § 26, Dernburg I, § 75. — Der Kurator stützte sich für seinen Anspruch auf ein Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 21, Nr. 68 der Entscheidungen. Soweit der Thatbestand aus den nur zum Theil abgedruckten Entscheidungsgründen erkennbar ist, hatte in diesem Fall ein Minderjähriger dem Vorstand eines Vorschußvereins Werthpapiere überbracht, und zwar ohne Ermächtigung seines Vormundes. Zwischen beiden Theilen war eine Hinterlegung verabredet; der von dem Vorstande des Vorschußvereins für volljährig Gehaltene hatte aber etwas erhalten, anscheinend bei der Uebergabe der Papiere, und der Vorschußverein hat die Werthpapiere veräußert.

Das Reichsoberhandelsgericht erachtete den Anspruch des inzwischen volljährig gewordenen Klägers auf Rückgabe der Stücke ohne Ersatz des Erhaltenen für begründet und erörterte die Frage, nach welchem Kurse der Werth zu ermitteln sei, wenn Beklagte die Stücke selbst nicht zurückzugeben vermöge. Ich halte mich hierbei nicht auf. Es wurde aber der Grundsatz ausgesprochen (S. 217): daß ein Handlungsfähiger alles, was er auf Grund eines Vertrags, welcher wegen Handlungsunfähigkeit des anderen Theils als

nicht geschlossen gilt, an Gelde oder Geldeswerth von Letzterem erhalten hat, herausgeben muß, dagegen das, was er dem Handlungsunfähigen gegeben hat, nur mittelst des Nachweises zurückfordern kann: daß sich dieser noch im Besitze der Vortheile aus dem Empfangenen befinde. Danach wurden zwei von einander unabhängige Ansprüche construirt. Das Reichsoberhandelsgericht glaubte seinen Rechtssatz aus A. L.-R. I. 13 §§ 273, 274 in Verbindung mit I, 16 § 170 ableiten zu können. Was zunächst diese letztere Bestimmung anlangt, so scheint ein Mißverständniß obzuwalten:

„Was aus einem Geschäft, das wegen der Unfähigkeit des einen Theils nach den Gesetzen für ihn unverbindlich war, vor gehobener Unfähigkeit gezahlt worden, das kann soweit, als der Unfähige auch nicht wegen geschehener Verwendung in seinen Nutzen verpflichtet war, zurückgefordert werden.“ Natürlich! Das Geschäft war ja unverbindlich; es begründete also eine Schuld des Unfähigen nur insoweit als er sich zur Zeit des gegen ihn erhobenen Anspruchs noch im Besitze des durch eine Verwendung in seinen Nutzen bewirkten Vortheils befand (I, 13, § 274). War eine solche Bereicherung nicht begründet, so bestand eine Schuld des Unfähigen überhaupt nicht. Hatte der Minderjährige oder der Blösinnige ein Darlehn erhalten, und das Geld vergeudet, verloren, oder war es ihm gestohlen, so hatte der Darlehnsgeber keinen Anspruch gegen ihn. Das, was er dem Handlungsunfähigen gegeben hatte, war dem Darlehnsgeber definitiv verloren. Zahlte nun der Handlungsunfähige vor eingetretener Handlungsfähigkeit das Darlehn zurück, so ging weder Eigenthum der gezahlten Geldstücke auf den Darlehnsgeber über, weil der Handlungsunfähige nicht veräußern konnte, noch konnte der Empfänger nach Verausgabung der Geldstücke den Werth auf seine Darlehnsforderung anrechnen, weil ihm solche nicht zustand. Es war also sine causa gezahlt, und der Darlehnsgeber muß zurück-

zahlen, was er von dem Handlungsunfähigen erhalten hat. War der Unfähige bereichert, so braucht der Darlehensgeber nicht zurückzuzahlen, soweit der Unfähige bereichert war. Denn soweit ist eine Schuld desselben getilgt. Diese ganz bekannten Sachen und nicht mehr stehen in dem § 170 A. L.-R. I, 16.

Darüber, welchen Anspruch der Vertreter des Unfähigen zu erheben hat, wenn beim Abschluß des nichtigen Geschäftes Zug um Zug geleistet ist, enthalten weder § 170 noch die vom Reichsoberhandelsgericht angezogenen §§ 273, 274 ein Wort. Diese Frage ist auch nicht von der Beantwortung der anderen Frage abhängig, was der Beklagte seinerseits von dem Kläger zurückfordern könnte. Die eine und die andere Frage werden in dem Reichsgerichtlichen Urtheil scharf auseinandergehalten:

„Der Beklagte, der sich lediglich abwehrend verhält, fordert seinerseits nichts und darf deshalb auch nicht in die Rechtsstellung desjenigen, der eine Forderung geltend macht, gedrängt werden. Nach den vom Berufungsrichter getroffenen Feststellungen hat der Kläger, offenbar in Rücksicht auf die von ihm beabsichtigte Verwerthung der fraglichen Papiere, diese dem Beklagten gegen Zahlung von 3000 Mk. übergeben. Es hat also damals ein einheitlicher Vorgang stattgefunden. Der Kläger gab die Papiere hin, um (vorerst) 3000 Mk. zu erhalten, und der Beklagte zahlte 3000 Mk.; um die Papiere (zu weiterer Verwerthung) zu erhalten. Nach dem Sachverhalt ist es ausgeschlossen, diesen Vorgang in zwei einander selbständig gegenüberstehende Leistungen zu zerreißen. Deshalb kann eine Bereicherung des Beklagten nur insoweit angenommen werden, als sein Vermögen zufolge des bezeichneten einheitlichen Vorgangs vermehrt worden ist. An sich und auch unter Berücksichtigung der Fassung des § 265 I, 13 A. L.-R. läßt sich aber nur die Annahme begründen, daß der Beklagte die Differenz zwischen dem Werth

der ihm ausgehändigten Papiere und den von ihm gezahlten 3000 Mk. an Geldeswerth in sein Vermögen übernommen hat. Soweit ist der Beklagte bereichert und deshalb auch soweit erstattungspflichtig." Diese Begründung des Reichsgerichtlichen Urtheils läßt erkennen, daß der Beklagte auf Rückgabe der Werthpapiere, wenn er sie noch gehabt hätte, nur verurtheilt sein würde gegen Rückzahlung von 3000 Mk. Da sie gutgläubig veräußert waren, und der Beklagte 7482 Mk. am 30. Mai 1889 beim Vormundschaftsgericht eingezahlt hatte, wurde er unter Aufhebung des Berufungsurtheils zu Zahlung von nur noch 518 Mk., übrigens mit Zinsen von 8000 Mk. für die Zeit vom 1. Juli 1887 bis 30. Mai 1889 und von 518 Mk. seit 30. Mai 1889 verurtheilt.

Eine Stütze, deren sie freilich nicht bedarf, findet diese Entscheidung auf dem Boden des Preußischen Allgemeinen Landrechts m. E. noch durch dessen besondere Bestimmungen über die Vindikation. Nach I, 15 §§ 25, 26 muß derjenige, welcher die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben; er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern.

Sieht man hier einmal davon ab, daß es Inhaberpapiere waren, welche in den Besitz des Beklagten gelangten, und denkt man sich als Gegenstand des beabsichtigten Rechtsgeschäfts bewegliche Sachen anderer Art, welche dem Blödsinnigen nicht gehörten, so würde der dritte Eigenthümer die Sachen von dem Besitzer, welcher sie mittelst eines derartigen nichtigen Titels redlich erlangte, nicht anders vindiziren können als gegen Erstattung des von dem Besitzer zur Erlangung Aufgewendeten. Ob das Geschäft juristisch gültig war, kann bei dieser Frage nicht entscheiden: wie ja auch nach gemeinem Recht andere Folgen der bonae fidei possessio in solchem

Fall eintreten, namentlich die gutgläubige Erlangung des Besitzes durch den mit einem Handlungsunfähigen abgeschlossenen Kauf einen Titel zur Ersitzung und die Publiciana gewährt. L. 7 § 2 D. de Publ. act. (6. 2) **Fitting** in diesem Archiv Bd. 51, S. 275.

Ist das richtig, so würde auch der vom Kurator mit der Vindikation belangte Empfänger der Sachen, wenn er dieselben noch besaß, die Herausgabe bis zur Erstattung des von ihm in gutem Glauben auf den Kaufpreis Gezahlten weigern können, wie er es gegen den dritten Eigenthümer kann. Der Kondiktionsanspruch kann also in dieser Beziehung nicht weiter gehen als der Vindikationsanspruch.

2. Versucht man es einmal auf einen Fall wie den vorliegenden die Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich anzuwenden, so zeigt sich sofort, daß das neue Gesetzbuch, wenn es so, wie es aus den Berathungen der Kommission hervorgegangen ist, in Kraft treten sollte, der Wissenschaft und der Rechtsprechung Arbeit zu thun übrig lassen wird. Dabei kann ich von den Ergebnissen der zweiten Lesung nur das berücksichtigen, was bisher publizirt ist, also bis zum Schluß des Obligationenrechts. Ich citire also bis dahin die Paragraphen nach der Fassung zweiter Lesung, aus dem Sachenrecht nach der Fassung erster Lesung.

Nach den §§ 78 und 79 würde in unserem Fall das Geschäft zwischen dem Beklagten und dem Mann, welcher sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wurde, nichtig gewesen sein. Denn die Willenserklärung des Mannes war nichtig. Das Eigenthum an den Papieren ging also auf den Beklagten nicht über. Denn zur Uebertragung des Eigenthums durch Rechtsgeschäft ist nach § 874 ein zwischen dem Eigenthümer und Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schließender **Vertrag** er-

forderlich, welcher die **Willenserklärung** der Vertragschließenden enthält, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll. Der Vertreter des abwesenden Geisteskranken würde also gegen den Beklagten, so lange dieser noch die Papiere besaß, den Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Papiere erheben können — § 929 —. Freilich würde der Beklagte, da er den den Eigenthumsübergang hindernden Umstand, ohne daß ihn der Vorwurf grober Fahrlässigkeit träfe, nicht kannte, **dritten** Personen gegenüber selbst den Eigenthumsanspruch erheben können, — § 945 — aber selbstverständlich nicht dem Eigenthümer gegenüber. Der Gesetzentwurf erkennt die Wirksamkeit der bonae fidei possessio trotz der objektiven Ungültigkeit des Titels ebenso allgemein an, wie das gemeine Recht. Er gibt aber über das gemeine Recht hinaus dem redlichen Erwerber einen Lösungsanspruch, freilich nach dem Wortlaut des § 939 nur für den Fall, daß er Eigenthum um deswillen nicht erwarb, weil nicht blos sein Veräußerer nicht Eigenthümer, sondern auch die veräußerte Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigenthümers abhanden gekommen ist. . . . Und überdies wird bei diesem Lösungsanspruch vorausgesetzt, daß es sich nicht um Inhaberpapiere handelt (§ 879).

Denn hat ein Nichteigenthümer an einen redlichen Erwerber Inhaberpapiere veräußert, welche dem Eigenthümer gestohlen oder ohne seinen Willen abhanden gekommen waren, so erwirbt an diesen der redliche Erwerber das Eigenthum.

Wäre der Entwurf Gesetz, so würde zu fragen sein, ob die sich hieraus ergebende Beschränkung des Lösungsanspruchs so gewollt oder ob der Gesetzgeber nur an die übrigen Fälle, in denen der redliche Besitzer den gewollten Eigenthumserwerb nicht gemacht hat, nicht gedacht hat. Da in § 939 der § 879 Satz 2 angezogen, und in § 879 Satz 2 die Fälle des § 874 Abs. 3 und des § 805 als solche,

in denen ein Eigenthumserwerb an den veräußerten fremden Sachen nicht stattfinde, besonders genannt sind, so ist es natürlich undenkbar, daß die Verfasser dieser Paragraphen an diese Fälle mangelnden Eigenthumserwerbs nicht gedacht hätten. Und dasselbe müßte zu Gunsten des Gesetzgebers angenommen werden. Hier soll auch ein Lösungsanspruch des redlichen Erwerbers nicht stattfinden.

Damit ist aber noch nicht entschieden, ob es dem Sinne des Gesetzes entspricht, daß eine dem § 939 analoge Anwendung des Lösungsanspruchs auch dann ausgeschlossen bleiben soll, wenn mit dem Handlungsunfähigen ein wegen seiner Handlungsunfähigkeit nichtiges Geschäft über dessen eigene Sache abgeschlossen ist. Cosack hat bereits die enge Fassung des § 939 eventuell gerügt. — Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen Bd. 3, S. 211. — Er hat besonders den Fall hervorgehoben, daß der Besitzer von einem in der Dispositionsbefugniß beschränkten Eigenthümer (dem Gemeinschuldner) erworben hat. Es läßt sich demnach erwarten, daß die Frage über die Ausdehnung des Lösungsanspruchs in den Verhandlungen zweiter Lesung eingehend erwogen sein wird. Man kann die Veröffentlichung des Resultats abwarten. Ich beschränke mich hier auf die Bemerkung, daß ich es Angesichts der gerechten Berücksichtigung, welche der redliche Erwerb gegen Entgelt sonst im Gesetzentwurf findet, ungerechtfertigt finden würde, wenn demjenigen, welcher mittelst nichtigen Geschäfts gegen Entgelt eine Sache vom Eigenthümer erlangt, der Lösungsanspruch versagt werden sollte. Denn es würde dann eine Ungleichheit zwischen dem Kondiktionsanspruch und dem Vindikationsanspruch entstehen, und es würde in Folge dessen Fälle geben, bei denen der redliche Erwerber sein Geld definitiv verliert. Ich will versuchen das nachzuweisen.

Nach § 737 ist derjenige, welcher durch die Leistung eines Andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas

ohne rechtlichen Grund erlangt hat, diesem Andern zur Herausgabe verpflichtet.

Der Entwurf bezeichnet sowohl den Gegenstand, als das Verhältniß des zur Herausgabe Verpflichteten zu diesem Gegenstande so unbestimmt allgemein, daß ich nicht einen Augenblick daran zweifeln kann, daß sich der Ausdruck „etwas erlangen" nicht beschränkt auf den Erwerb von Rechten, sondern auch erstreckt auf den überkommenen Besitz und die überkommene Detention. Ist das Veräußerungsgeschäft nichtig sowohl bezüglich seiner causa als bezüglich der Eigenthumsübertragung, so kann der Eigenthümer von dem Besitzer, welchem er übergeben hat, vindiziren, er kann aber auch auf Grund dieses § 737 condiziren. Daran, daß der Eigenthümer nach dem Entwurf von der Kondiktion überhaupt ausgeschlossen sein soll, weil der Beklagte noch besitzt, und weil deshalb der Eigenthümer vindiziren könnte, ist natürlich nicht zu denken.

Aber zur Herausgabe aus dem Gesichtspunkt des 25. Titels ist doch nur verpflichtet:

> wer durch die Leistung eines Andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

Daß sich die Worte „auf dessen Kosten" allein auf den zweiten Fall beziehen sollen, scheint mir klar zu sein. Allein auch so wird man doch im Sinne des Gesetzentwurfs einen Parallelismus beider Fälle annehmen dürfen, also zwischen dem Falle:

> Wer durch die Leistung eines Andern etwas ohne rechtlichen Grund erlangt

und dem andern Fall:

> Wer in sonstiger Weise auf Kosten eines Andern etwas ohne rechtlichen Grund erlangt.

Wer aber gegen Gewährung eines Entgelts etwas erlangt, von dem läßt sich, *soweit* als das Entgelt reicht, schwerlich sagen, er habe das auf Kosten eines Andern er-

langt, vielmehr erlangte er das soweit auf seine Kosten. Nur soweit als das Erlangte dem Werthe nach die aufgewendeten Kosten übersteigt, oder soweit als das Aufgewendete zurückgegeben wird, weil wegen der Individualität des Erlangten oder Aufgewendeten, oder beider Gegenstände, eine einfache Abrechnung nicht angeht, kann davon die Rede sein, daß Etwas auf Kosten eines Andern, obschon gegen Entgelt erlangt ist.

Man wird also die Bestimmung des Gesetzentwurfs für den zweiten Fall dahin verstehen dürfen, daß der Empfänger, wenn er ein Entgelt gewährt hat, zur Herausgabe nur verpflichtet ist, sofern ihm das Entgelt zurückgewährt oder abgerechnet wird. Dann wird aber auch der erste Fall in entsprechender Weise behandelt werden müssen, zumal sich auch hier sagen läßt, daß durch die Leistung eines Andern eigentlich nur das erlangt ist, was das Entgelt am Werthe übersteigt, oder was der Andere gewährt hat, abzüglich der Gegenleistung.

Dazu führt noch eine andere Betrachtung. Die Ueberschrift des 25. Titels lautet „ungerechtfertigte Bereicherung“. Und nach § 742 ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Absatze des Werths ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Anders im Fall des § 743 wo der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt hat. Danach geht der Entwurf bei dem, welcher den Mangel des rechtlichen Grundes nicht gekannt hat, davon aus, er soll nur soweit haften, als er bereichert ist. Wie man aber auch die Bereicherung sonst verstehen mag, das soll jedenfalls darin liegen, daß der Empfänger nicht, wenn er die ihm in § 737 auferlegte Verbindlichkeit erfüllt, dadurch weniger hat als er gehabt haben würde, wenn der verpflichtende Thatbestand gar nicht eingetreten wäre.

Man wird also wohl aus dem Gesetzentwurf das ableiten können, was das Reichsgericht aus den Bestimmungen des Preuß. Allg. Landr. abgeleitet hat, und was ich früher

im Bd. 76 Nr. 6 dieses Archivs aus dem gemeinen Recht abzuleiten versucht habe.

Der Kurator kann also auch hier von dem Beklagten, welcher die Papiere gutgläubig verkauft hat, nur das fordern, wozu ihn das Reichsgericht nach den Bestimmungen des Preuß. Allg. Landrechts verurtheilt hat. Und zu demselben Resultate würde man gelangen, wenn der Beklagte die Papiere nicht veräußert hätte, sondern noch besaß, — immer vorausgesetzt, daß er aus dem Kondiktionsanspruch und nicht aus dem Vindikationsanspruch belangt wäre. Zunächst würde sich das für den Fall ergeben, daß sich im Vermögen des Kuranden die 3000 Mark, welche er von dem Beklagten erhalten hatte, oder deren Werth noch vorfanden. In diesem Falle hätte der Beklagte aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf welchem seine Verpflichtung beruht, — dem nichtigen Geschäft mit beiderseitiger Leistung — einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, und er würde deshalb schon nach § 230 die Papiere zurückhalten dürfen, so lange ihm nicht die 3000 Mark zurückgegeben werden. Allein fanden sich diese im Vermögen des Kuranden nicht vor, auch nicht dem Werthe nach, und war danach derselbe nicht mehr bereichert, so stand auch dem Beklagten ein Anspruch gegen den Kuranden nicht zu — § 742 cit. — Für diesen Fall versagt also das Zurückbehaltungsrecht des § 230. Man muß also hier zurückgehen auf den Inhalt des Kondiktionsanspruchs, wie er oben umschrieben ist.

Die Vindikation ist aber an die Voraussetzung einer ungerechtfertigten Bereicherung nicht gebunden, und ebensowenig an die Vorschriften der §§ 737, 742 des Entwurfs.

Soweit also dem Beklagten für einen Fall wie den vorliegenden, ein Lösungsanspruch nicht eingeräumt wird, müßte er, wenn von ihm, so lange er die erlangten Sachen besitzt, vindizirt würde, doch wohl unterliegen. Ist das die Absicht des Entwurfs?

II.

Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen V.

Von

Herrn Geheimen Justizrath Professor Dr. Th. Schirmer
in Königsberg.

---

1. L. 88 § 13. D. de leg. II 31 „Codicillis Gaio Seio centum legavit eiusque fidei commisit, ut ancillae testatoris ea daret; quaero, an utile fideicommissum sit, quod legatarius ancillae testatoris dare jussus est. respondi non esse. item, si utile non est, an legatarius heredi, cuius ancilla est, restituere compellatur. respondi non compelli: sed nec ipsum legatarium legatum petere posse. (Scaevol. lib. III Resp.)

Eine bisher im Ganzen wenig beachtete und doch recht bedeutsame Stelle. Gleich die erste Frage, die in derselben aufgeworfen wird, erscheint nicht ohne wesentliches Interesse. Ist das der Sklavin des Erblassers zugewendete, dem Gaius Seius aufgetragene Fideicommiß gültig oder nicht? Bekanntlich sind solche Vermächtnisse, welche der Testator direct dem eignen Sklaven giebt, ohne ihn zugleich freizulassen, nicht rechtsbeständig L. 4 C. de leg. VI 37. L. 102 i. f. D. de leg. I 30, vgl. Arndts in Glück's Comm. Bd. 46 S. 437 ff. und zwar schon deshalb, weil damit der Erbe,

der das Vermächtniß an den ihm in der Erbschaft zugefallenen Sklaven zu entrichten hätte, sein eigner Schuldner werden würde. Dieses formale Hinderniß fällt nun hier weg, wo die Leistung an die Sklavin nicht dem Erben, sondern einem Dritten, dem Gaius Seius fideicommissarisch auferlegt ist. Von dieser Erwägung aus behauptet nun Arndts, dem unser Fragment augenscheinlich entgangen ist, a. a. O. S. 438 Anm. 2 a. E. geradezu: „ein Fideicommiß an den eignen Sklaven war ohnehin nicht unwirksam, sofern der Onerierte ein anderer war, als der eingesetzte Erbe, dem mit der Erbschaft auch das Eigenthum des nicht freierklärten Sklaven zukam". Die Irrthümlichkeit dieser Aufstellung ergiebt eben unser Text; so viel ich weiß, allerdings das einzige Zeugniß der Justinianischen Compilation, welches sich über das in Rede stehende Verhältniß ausläßt. Scävola erklärt ausdrücklich das Fideicommiß für „non utile", und zweifellos deshalb, weil es der eignen Sklavin des Testators zugeschrieben ist. Das deutet die wiederholte Betonung des Eigenthumsverhältnisses in den Worten „quod legatarius ancillae testatoris dare jussus est" ersichtlich genug an. Seiner Gewohnheit gemäß, den Entscheidungsgrund für seine Responsen in einer kurzen Hinweisung auf die maßgebenden juristischen oder thatsächlichen Umstände, sei es bei der Darlegung des Thatbestandes, sei es in der Fassung der Frage kenntlich zu machen, giebt Scävola in unserem Fragmente den nöthigen Fingerzeig durch die Hinzufügung der dem Consulenten vorschwebenden ratio dubitandi, daß die Fideicommissarin die Sklavin des Erblassers ist. Gewiß ist diese Lösung des angeregten Zweifels in der Sache vollkommen gerechtfertigt. Jedes Vermächtniß besteht in der Zuwendung eines Vermögenswerthes an den Bedachten; hier dagegen wäre der Erbe aus seinem eigenen Vermögen honorirt. Das ist ebensowenig gültig, wie das legatum debiti, soweit es nicht über die Schuld in irgend

einer Richtung hinausgreift. Immerhin erschien die Sache einer Frage werth, sie verstand sich nicht so ganz von selbst, wie Cujacius in seiner Erläuterung unseres § 13 anzunehmen scheint, der allzuleicht darüber hinweggleitet. (O. O. Tom. VI col. 741; eingehender Chesius de differentiis iuris in Heineccius, Jurispr. Rom. et Att. Tom. II col. 860 sq.). Es ist nämlich dabei insbesondere noch in Betracht zu ziehen, daß unerachtet einer formell durchaus gleichen Lage der Dinge doch das Fideikommiß vollwirksam wird, sobald der Legatar erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu dessen Restitution verpflichtet ist. L. 29. D. ad leg. Falc. 35, 2. Was hier von dem an den Erben herauszugebenden Fideicommiß gesagt wird, gilt natürlich ganz in derselben Weise, wenn ein Sklave des Erben als Fideicommissar genannt war. Nicht anders, als es in L. 29 cit. geschieht, wäre ferner zu entscheiden gewesen, wenn das Fideicommiß von einer Bedingung abhängig gemacht war. In beiden Fällen, bei dem betagten wie bei dem bedingten Fideicommiß, geht der Gegenstand des Legates wirklich in das Vermögen des Legatars über, bildet nicht bloß einen durchlaufenden Posten in dessen Rechnung, die Leistung des Fideicommisses erfolgt mithin aus fremdem, nicht aus dem eigenen Vermögen an den Erben, und demgemäß konnte man das Fideicommiß als gültig behandeln. Also schon bei der ersten der in unserem Fragmente aufgeworfenen Fragen tritt uns als maßgebend die Unterscheidung entgegen, ob der Legatar als wahrer Honorirter, oder als bloße Mittelsperson, als minister, wie die L. 17 D. de leg. II 31 sich ausdrückt, anzusehen sei. Es ist für die Auffassung des Folgenden wichtig, dieß schon hier zu constatiren.

Noch mehr Schwierigkeiten als die erste verursacht die zweite Frage, „item si utile non est, an legatarius heredi, cuius ancilla est, restituere compellatur". Schon seit der Glosse (gl. compellatur ad h. l.) hat man dieselbe viel-

fach dahin verstehen wollen, ob das bereits zur Auszahlung gebrachte Legat von dem zahlenden Erben zurückgefordert werden könne. So noch neuerdings Pernice (Labeo Bd. III S. 295). Ich halte diese Deutung für unvereinbar mit dem vorliegenden Texte. Dafür, daß die Zahlung des Legates an den Legatar bewirkt sei, findet sich dort auch nicht der geringste Anhaltspunkt, man müßte denn etwa meinen, die Befragung des Scävola über die Rechtsbeständigkeit des Fideicommisses habe nicht eher erfolgen können, als der Anspruch auf dessen Leistung unmittelbar begründet gewesen sei, also nach Entrichtung des Legates, oder auch in dem Ausdruck restituere sei ein genügender Hinweis auf die vorangegangene Zahlung gegeben. Allein was ist denn das Object zu restituere? Grammatisch kann man dazu nur fideicommissum, von dem in dem ganzen Satze allein die Rede ist, ergänzen, wofür denn auch restituere gerade der technische Ausdruck ist. Dazu paßt ferner compellatur, welches bezüglich der fideicommissarischen Jurisdiction ganz an der richtigen Stelle steht, für das richterliche Urtheil im Condictionenprozeß aber eine einigermaßen ungewöhnliche Bezeichnung sein würde. Endlich läßt der Zusatz zu heredi „cuius ancilla est", wie Windscheid (Voraussetzung S. 34 Anm. 4) vollkommen richtig hervorhebt, es mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit erkennen, daß die Berechtigung des Erben, nach welcher der Consulent fragt, von ihm auf das Eigenthum an der Sklavin begründet wird. Damit hat aber wieder die condictio indebiti auf das Legat gar nichts zu schaffen. Genug, Scävola müßte sich auf die denkbar ungeschickteste Weise ausgedrückt haben, wenn er nicht die Restitution des Fideicommisses, sondern die Rückzahlung des zur Ungebühr empfangenen Legates im Sinne gehabt hätte. Und dann, sind die Thatsachen wirklich so weit klar dargelegt, daß man mit Sicherheit über die Zuständigkeit der condictio indebiti

urtheilen kann? Oder, wenn an factischen Momenten wirklich weiter nichts hinzuzufügen war, der Erbe also rechtsirrthümlich Zahlung geleistet hatte, mußte sich der Fragsteller da nicht selbst sagen, daß die condictio indebiti ausgeschlossen sei? Hatte er nöthig deshalb sich noch an den Juristen zu wenden? — Vergegenwärtigen wir uns endlich die praktische Lage des Falles. Dem Erben ist das Legat auferlegt; kann er es sofort als Fideikommiß zurückfordern, so wird er natürlich compensiren, nicht zahlen. Daher denn der Versuch, das Fideikommiß, wenn nicht auf die eine, so doch auf die andere Weise aufrecht zu erhalten. Und so leitet das ersichtliche Bestreben, die Zahlung zu vermeiden, unmittelbar auf den Schlußgedanken des Responsum über, der Legatar könne seinerseits gar nicht klagen. —

Trifft diese Auffassung der Stelle aber nicht gerade der Einwand, den Windscheid a. a. O. gegen sich selbst erhebt, daß hiernach „der Jurist in Beziehung auf ein Vermächtniß, welches er bereits in der Person der Sklavin für ungültig erklärt hat, noch einmal fragt, ob es nicht der Herr derselben geltend machen könne". Dieser Einwand würde zutreffend sein, wenn es sich beidemal um dasselbe Vermächtniß handelte. So verstehe ich aber die zweite Frage nicht. Ihr Sinn ist der, kann in dem Fideicommiß an die Sklavin nicht vielleicht ein Fideicommiß an deren Herrn gefunden, nicht jene, sondern dieser als der Honorirte betrachtet werden? Derartige, sich nicht streng an den Wortlaut der letztwilligen Verfügung bindende Interpretationen waren ja durchaus nichts Außergewöhnliches. Filiofamilias, sagt African in L. 42 D. de cond. et dem. 35, 1, legatum est sub hac condicione, „si in potestate patris mansisset": magis patri legatum videri ait et patrem suo nomine legatum petere. idem iuris esse et si servo similiter legetur: argumentum rei est, quod et si cibaria servis Titii legentur, procul dubio domini est, non ser-

vorum legatum. Analog möchte man etwa hier argumentiren, da der Sklavin die Freiheit von dem Testator nicht gegeben ist, muß man den Herrn als den eigentlich Bedachten ansehen. Hierbei gelangt denn auch das „item, si utile non est" zu seiner richtigen Bedeutung, die Verneinung der ersten Frage bildet die Voraussetzung für die Aufstellung der zweiten; ist die erste bejaht, so ist die zweite ausgeschlossen. Das verträgt sich mit der Annahme zweier verschiedener Fideicommisse, aber nicht mit der Geltendmachung des einen, der Sklavin gegebenen, durch den Herrn. — Freilich bleibt auch so noch ein Bedenken zurück. Durfte der Consulent vernünftiger Weise eine andere Entscheidung hinsichtlich des dem Erben als in Betreff des der Sklavin zugewendeten Vermächtnisses erwarten? Als möglich werden wir dieß denn doch zugeben müssen, soweit er zunächst wie dieß gerade aus der ersten Frage ersichtlich wird, bloß mit dem formalen Satz operirte „servis testamento dominorum non data libertate legatum vel fideicommissum relictum non valet", ohne auf den materiellen Grund dieser Regel weiter einzugehen. —

Weshalb erklärt nun aber Scävola auch das Legat für ungültig; „sed nec ipsum legatarium legatum petere posse"? Nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle werden wir ohne den mindesten Zweifel antworten dürfen, daß lediglich die Ungültigkeit des Fideicommisses die des Legates nach sich zieht. Schon vor Scävola hat Marcellus in L. 17 pr. D. de leg. II 31 es als allgemeine Regel ausgesprochen, daß da, wo der Legatar nur als Mittelsperson dazu dienen soll, das Fideicommiß an den Bedachten gelangen zu lassen, mit dem Zusammenfall des letzteren auch das Legat hinfällig werde. Und wenn irgendwo, so liegt gerade in unserem Fragmente diese Function des Legatars klar zu Tage; die Unmöglichkeit, die eigene Sklavin direct zu bedenken, veranlaßt den Testator, dieß auf einem

Ummwege wenigstens zu versuchen. Und schon oben ist ja darauf hingewiesen, wie eben in Folge dieser rein formalen Aufgabe des Legatars auch das Fideicommiß nicht zu Kräften kommen kann. — Eine Parallele zu unserem Fall bietet L. 31 § 1 D. de adim. legat. 34, 4. Der Erblasser hat seiner Mutter vier Grundstücke prälegirt mit der Auflage, zwei davon an seinen Schwiegervater zu restituiren — „ut ex his duo socero restitueret". — Diese Anordnung geht eigentlich darauf hinaus, der Mutter die Wahl von zweien jener vier Grundstücke frei zu stellen (cf. L. 8 § 1 D. de opt. leg. 33, 5) und die beiden nicht gewählten dem Schwiegervater zu vermachen. Bei einer solchen Zergliederung dessen, was der Testator beabsichtigte, erkennt man aber auch deutlich, daß der Mutter überhaupt bloß zwei Grundstücke zugewendet werden sollten, und daß es folglich durchaus consequent ist, wenn dem Schwiegervater das Fideikommiß in einem späteren Codicill wieder entzogen wurde, nicht alle vier Grundstücke in den Händen der Mutter zu belassen. Man hat sich das richtige Verständniß der Stelle dadurch erschwert, daß man, entgegen dem unmittelbaren Wortlaut derselben, das Fideicommiß auf zwei durch den Erblasser namentlich bezeichnete Grundstücke bezog, und sich nun zu allerhand ungerechtfertigten Correcturen des Responsum verleiten ließ. In Hinsicht der Form desselben mag noch hinzugefügt werden, daß „nihil proponi, cur non" bei Scävola freilich häufiger vorkommt als das positive „nihil proponi cur"; doch ist auch letzteres keineswegs ungewöhnlich, vgl. z. B. L. 32 pr. § 7 D. de usu leg. 33, 2. L. 21 i. f. D. de opt. leg. 33, 5. Zugleich dürfen wir aber aus dem „nihil proponi" mit voller Sicherheit entnehmen, daß über die Frage, wann der Legatar als bloße Mittelsperson anzusehen sei, keine allgemeine Regel aufgestellt, sondern immer nur nach eingehender Würdigung der einzelnen Umstände des individuellen Falles entschieden

werden könne. Handelt es sich dabei doch überall darum, dem erkennbaren Willen des Erblassers gerecht zu werden. In L. 88 § 13 und L. 31 § 1 cit. hat man aus dem Umstande zu argumentiren, daß die von dem Erblasser getroffene Disposition nur aushülfsweise, oder auch aus Ungeschick für eine andere juristisch unzulässige oder unbequemere angeordnet ist, bei welcher letzteren die fragliche Honorirung des Legatars ganz vermieden sein würde. Einfacher ist es ja, wenn wie in L. 88 § 1 D. de leg. II 31 durch ein directes Wort des Erblassers selbst dem Gedanken Ausdruck gegeben ist, daß die Zuwendung lediglich soweit reichen soll, als die darauf gelegte Last „et pro hoc ... praecipito", aber auch hier mit dem Vorbehalt „secundum ea quae proponerentur", der Schluß aus dem gebrauchten Ausdruck kann durch etwaige andere Momente zerstört werden. —

Allein die Regel des Marcellus wird angefochten; Pernice a. a. O. erklärt den dieselbe enthaltenden Satz „nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit" für eine Interpolation der Compilatoren. Sie sei als solche schon dadurch erkennbar, daß Titius die empfangene Summe einfach an den Mävius weiter zu geben habe, also jedenfalls als bloßer minister zu betrachten sei, während der Schlußpassus dieß nur als eine Möglichkeit hinstelle; er passe mithin gar nicht zu dem Voraufgegangenen. Indessen nach einem so mechanischen Canon, wie er dabei angewendet wird, läßt sich die Frage, ob der Legatar nur minister sei, gar nicht beantworten. Jeder Fall hat vielmehr sein individuelles Gesicht. Ich will darauf kein Gewicht legen, daß ja das Fideicommiß bedingt oder betagt sein könnte. Darauf ließe sich vielleicht erwidern, daß der Text eben davon nichts enthalte. Allein wie, wenn Mävius Gläubiger des Titius war, der Erblasser in dem Fideicommiß an den ersteren zugleich den letzteren seiner Schuld entledigen wollte, ist auch da Titius für seine Person nicht honorirt? Oder es ist irgend-

wie angedeutet, daß Titius sein Vermächtniß behalten solle, auch wenn Mävius des seinigen verlustig geht? Ja muß man eine solche Andeutung nicht schon darin finden, daß das Legat dem Titius ohne einen anderweit ersichtlichen Grund zugeschrieben wird? Wird man also nicht gerade auf die Fassung der Regel hingedrängt, wie sie Marcellus in L. 17 pr. cit. bietet? Die allgemeine Präsumtion spricht für Titius, die Ausnahme muß speciell motivirt sein. Ich sehe nach alle dem nicht den mindesten Anlaß dafür, in dem Satze „nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit" eine Justinianische Interpolation zu argwöhnen.

Nach dem Gesagten liegt es auf der Hand, daß ein Gegenbeweis wider das, was Marcellus lehrt, nur durch solche Stellen geführt werden kann, in denen der Legatar zweifellos nichts anderes als eine aus formalen Gründen eingeschobene Mittelsperson ist, und ihm nach Ausfall des Fideicommisses dennoch das Legat zugesprochen wird. So kann L. 92 § 1 D. de leg. I 30. L. 51 § 2 D. de fideic. lib. 40, 5 zu solchem Beweise absolut nicht dienen; es handelt sich da um das Vermächtniß einer bestimmten Summe mit der Beschwerung, einen einem dritten gehörigen Sklaven anzukaufen und freizulassen; will sein Herr ihn nicht veräußern, so behält der Legatar sein Geld „ex voluntate defuncti", wie Marcian in L. 51 § 2 D. cit. ausdrücklich hinzufügt. Man braucht diesem Falle nur den anderen gegenüber zu stellen, daß nicht eine bestimmte Geldsumme, sondern der Kaufpreis des Sklaven legirt wäre, um den richtigen Gesichtspunkt für die fragliche Entscheidung zu gewinnen. Hier würde ich dem Legatar das Geld nicht lassen, weil der Testator deutlich genug seinen Willen bekundet hat, daß kein Geldgewinn, sondern allein die Patronatsrechte dem Legatar aus seiner Mühwaltung erwachsen sollen. Ganz anders in jenen beiden Fragmenten,

in denen nichts auf die gleiche Absicht des Erblassers schließen läßt. — Es bedarf kaum einer besonderen Erwähnung, daß Ulpian in L. 7 D. de fideic. lib. 40, 5 keine von Julian und Marcian abweichende Meinung aufstellt. Der Schlußsatz „alioquin exceptione doli debet legatarius repelli“ bezieht sich natürlich nicht auf den unmittelbar vorhergehenden Fall, daß das gekürzte Vermächtniß zum Ankaufe des Sklaven nicht mehr ausreicht, sondern auf den der Weigerung, Caution wegen der Freilassung zu leisten. Der Erlaß der Caution, wenn der Herr den Sklaven nicht verkaufen will, oder nur um einen das Legat übersteigenden Preis, läßt vielmehr klar genug erkennen, daß der Legatar alsdann das ihm zu Theil gewordene ungeschmälert behalten darf. Bedenklicher lautet allerdings L. 24 § 16. D. de fideic. lib. 40, 5 ebenfalls von Ulpian. Darnach soll der Legatar sein Legat aufgeben, um von der Verpflichtung zur Freilassung des Sklaven entbunden zu werden. Dabei wirken aber anderweitige Gesichtspunkte mit. Der § 16 handelt von der Manumission eines eigenen Sklaven; „an cogatur servum manumittere“, nicht „redimere“ heißt es da; zu ihr verpflichtet sich der Legatar ohne Weiteres durch die Annahme seines Vermächtnisses. Will er also von seiner Verpflichtung loskommen, so muß auch der Erwerb des Legates, die causa jener Verbindlichkeit, rückgängig gemacht werden. — Ebenso ist L. 60 D. de leg. II 31 zu dem beregten Gegenbeweise durchaus ungeeignet. Nicht allein, daß der Legatar Seius nur bei Erfüllung der gestellten Bedingung an Titius weiter zahlen soll, also sicher nicht als bloßer minister erscheint, sondern Julian redet überhaupt nicht von der gegenwärtig zu erörternden Frage. Es handelt sich in L. 60 cit. ausschließlich um das Recht der caduca. Durch den Tod des Titius während des Schwebens der Bedingung, also vor dem dies fideicommissi cedens, ist letzteres caducum ge-

worden; wer hat nun nach den geltenden Caducitätsbestimmungen das nächste Recht auf das Fideicommiß? Daß dieß der eigentliche Inhalt des Fragmentes ist, ergiebt sich neben dem historischen Zusammenhange aus der Inscription „Ulpianus ad legem Juliam et Papiam“ so wie aus der gesammten Ausdrucksweise der Stelle. Es wird nicht gefragt, kann nunmehr der Erbe das Legat von dem Seius zurückfordern, oder, wird das Legat des Seius jetzt hinfällig, sondern es heißt „fideicommissum deficiens apud Seium manet, non ad filium heredem pertinet“. Darnach erscheint es auch als das Nächstliegende, bei dem Senatsschlusse an das Pegasianum zu denken, welches die Anordnungen der lex Julia und Papia auf die Fideicommisse übertrug. Gai. II § 286. 286[a]. — Es wird sich empfehlen, mit der Besprechung der L. 60 cit. gleich die der L. 38 § 6 D. de leg. III 32 zu verbinden. Der Erblasser hatte dem Petronius ein Legat in Gelde hinterlassen und ihn fideicommissarisch verpflichtet, die empfangene Summe an ein Tempelcollegium herauszugeben. Dieses war inzwischen aufgelöst worden, und es fragt sich nun, kann Petronius das Legat von dem Erben einklagen. Es ist bekannt, daß wenn der Vermächtnißnehmer vor dem dies cedens stirbt oder sein Bürgerrecht verliert, Caducität des Vermächtnisses eintritt. Ulp. XVII. 1. In der Auflösung des bedachten Collegium liegt ebenso eine völlig analoge Deficienz des Fideicommisses vor, wie wir sie in L. 60 D. cit. gefunden haben. Die Grundsätze über die Caducität werden deshalb auch hier zur Anwendung gebracht werden müssen, wie dieß bereits von Cujacius Obs. XXII. c. 1 in Bezug auf L. 38 § 6 behauptet worden ist. Nehmen wir dieß als richtig an, so wird es im höchsten Maße unwahrscheinlich, daß Scävola sich so ausgedrückt haben sollte, wie die Worte jetzt lauten „cum id collegium postea dissolutum sit“. Es mußte nothwendig berücksichtigt werden, ob mit dem Wegfall des

Fideicommisses die Bestimmungen der lex Papia Platz griffen oder nicht. Er hat also entweder geschrieben „cum id coll. ante apertas tabulas diss. sit“, allenfalls auch „postea ante ap. t., um den Gedanken auszuschließen, das Fideicommiß sei pro non scripto gewesen. Damit stimmt es gut, daß das Legat noch gar nicht an den Legatar entrichtet ist, die Streitfrage also anscheinend kurz nach der Testamentseröffnung aufgeworfen wurde. Daß man überhaupt fragte, mochte die eigenthümliche Art des Wegfalles des Fideicommißberechtigten, Auflösung der juristischen Persönlichkeit, veranlassen. Die Compilatoren strichen nur die Worte ante apertas tabulas, resp. setzten sie postea dafür ein, um den Zusammenhang des Responsum mit der lex Papia zu verdecken. Dann aber rührt auch der Schlußsatz „utique si per eum non stetit parere defuncti voluntati“, der neuerdings mehrfach angezweifelt ist (vgl. Pernice Labeo III S. 291), unmöglich von Scävola her. War das collegium templi schon ante apertas tabulas aufgehoben, so konnte von einer Verzögerung der Entrichtung des Fideicommisses durch den Legatar, denn dies allein ist der Sinn jenes Satzes, gewiß keine Rede sein. Möglich ist aber auch noch ein Zweites; es hat bei Scävola gestanden „post apertas tabulas“, und die Consultation zielte dahin ab, ob die Auszahlung des Legates bei dem Fortfall des Fideicommissars, an den dasselbe ja schließlich gelangen sollte, noch nöthig sei. Also auf eben die Frage, mit der wir es hier zu thun haben. Daß Scävola dem Legatar sein Vermächtniß beläßt, ist bei dem Mangel jeden Gegengrundes wohl erklärlich. Dabei kann dann auch der Schlußsatz allenfalls echt sein. Auch wenn das Fideicommiß dem Collegium mit dem Tode des Erblassers, oder nach papischem Recht mit der Testamentseröffnung schon angefallen war, so war doch jetzt Niemand vorhanden, der das Fideicommiß hätte einfordern können; das collegium

bestand nicht mehr, sein Vermögen war nicht Object einer Universalsuccession geworden, vielleicht unter die einzelnen Mitglieder vertheilt. Dann erschien es doch geboten, wenn der Legatar vor der Auflösung des collegium hätte zahlen können und sollen, ihm diese Zögerung in der Erfüllung der ihm obliegenden letztwilligen Verpflichtung nicht zum pecuniären Gewinn ausschlagen zu lassen, sondern ihm die Klage zu denegiren oder sie durch eine exceptio zu entkräften. Es könnte endlich selbst sein, daß Scävola beide Fälle unterscheidend besprochen hätte, und die Compilatoren durch stärkere Streichungen dem Fragment seine jetzige Gestalt gegeben haben. Alsdann könnte sogar die Anfrage in der unbestimmten Gestalt ergangen sein, in welcher wir sie in Justinian's Pandekten lesen, natürlich, daß sich der Schlußsatz immer auf die Auflösung post apertas tabulas beziehen mußte. Das ganze Responsum hätte dann dem Sinne nach etwa folgendermaßen gefaßt sein können: respondi Petronium iure petere, sive ante sive post apertas tabulas collegium dissolutum sit, hoc utique, si per eum non stetit etc. Auf diesen letzten Gedanken mochte der Jurist durch den Umstand geführt sein, daß der Legatar das Legat noch nicht eingefordert hatte, es also nahe lag, eine unmotivirte Zögerung desselben vorauszusetzen. Sehr wahrscheinlich kommt mir eine derartige Supposition allerdings nicht vor; insbesondere scheint mir der Eingang des Paragraphen in seinen Wendungen eher an Caducität anzuklingen, aber man darf nicht vergessen, daß zwischen alle den Möglichkeiten, die sich unter solchen Umständen unwillkürlich darbieten, eine absolut sichere Entscheidung überall nicht zu treffen ist. —

Wenn ein Sklave vermacht, und dem Legatar dessen Freilassung fideicommissarisch aufgetragen ist, kann letztere durch den früheren Tod des Sklaven hinfällig worden. Dann ist natürlich auch von dem Fortbestande des Legates

keine Rede. Oder der Freilassung stehen rechtliche Hindernisse im Wege (L. 44 § 7 D. de leg. I 30); für diesen Fall begegnen uns einander direct widersprechende Aeußerungen in unseren Quellen. Nach Modestinus (L. 31 D. de leg. II 31) soll wie das Fideicommiß, so auch das Legat ungültig sein, Paulus und Neratius in L. 37 D. de cond. et dem. 35, 1 behandeln dagegen das Legat als rechtsbeständig, der letztere mit der Motivirung „quoniam magis legatarium aliquid commodum testator in hoc servo quam heredem habere voluisset". Ersichtlich wenden sich diese Worte gegen diejenigen, welche die Stellung des Legatars hier als die eines bloßen minister auffassen und deshalb das Verbleiben des Vermächtnisses bei dem Bedachten als der Absicht des Erblassers nicht entsprechend ausschließen wollten. Wir haben schon oben bemerkt, daß dem Freilasser doch jedenfalls die Patronatsrechte von dem Testator zugedacht sind, vgl. etwa noch L. 3 D. de jur. patr. 37, 14. Dabei wird freilich zweierlei nothwendig vorausgesetzt; einmal die objective Möglichkeit einer Manumission des vermachten Sklaven; auf diese verweist aber Paulus ausdrücklich in den Worten „non est compellendus, ut manumittat", ein compelli zu einem unerreichbaren Zwecke ist eben undenkbar. Dann aber darf auch das Vermächtniß nicht durch das Gesetz selbst seiner Wirksamkeit entkleidet sein. Auf derartige Fälle dürfte die Regel des Modestinus bezogen werden müssen. Wie weit aber in dem Legate ein in fraudem legis actum vorlag, darüber konnte man sich nur an der Hand der concreten Umstände und in Hinsicht auf die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen schlüssig machen. Allgemeine Regeln werden sich darüber schwerlich haben aufstellen lassen. So ist denn auch trotz des entgegengesetzten Wortlautes der beiderseitigen Aeußerungen eine materielle Meinungsverschiedenheit zwischen Paulus und Modestinus keineswegs anzunehmen.

Wie dem aber auch sein möge, jedenfalls enthalten die hier berührten Fragmente nicht das Mindeste, woraus auf die Unrichtigkeit des von Marcellus in L. 17 pr. D. de leg. II 31 aufgestellten Canons zu schließen wäre.

Es darf endlich noch das Legat in Betracht gezogen werden, dessen Object einem Gläubiger des Testators restituirt werden soll. Dabei tritt der Gedanke an eine Liberalität, die der Erblasser dem Legatar erweisen möchte, so völlig zurück, daß es durchaus gerechtfertigt scheint, wo nicht besondere Gegengründe geltend gemacht werden können, bei dem Fortfall des Fideicommisses auch das Legat als hinfällig zu behandeln. Ich kenne freilich nur eine Stelle, welche sich auf ein derartiges Vermächtniß bezieht, die L. 20 § 1 D. de bon. lib. 38, 2 von Julian: Si Titio legatum fuisset eiusque fideicommissum, ut patrono restitueret, denegatur legatorum actio Titio, si patrono pro debita parte a scripto herede fuerit satisfactum". Abgesehen davon, daß hier der mit dem Legate belastete Erbe den Wegfall der fideicommissarischen Auflage herbeiführt, ein Umstand, der eher für als gegen die fortdauernde Gültigkeit des Legates in Betracht kommen dürfte, bestätigt das Fragment lediglich die im Obigen vertretene Auffassung. Es ist daher durchaus nicht abzusehen, weshalb die hier gegebene Entscheidung eine völlig singuläre sein soll, die erst durch Interpolationen der übrigen Quellenzeugnisse zu einer weiter greifenden Regel erhoben wäre. Vgl. etwa noch L. 8 D. de alim. leg. 34. 1.

Sonach glaube ich das Resultat dahin ziehen zu dürfen, daß zu einem Zweifel an der Echtheit der in L. 17 pr. D. de leg. II 31 von Marcellus überlieferten Regel kein triftiger Grund vorhanden ist. —

2. L. 88 § 14 D. de leg. II 31. „Insulam libertis utriusque sexus legavit ita, ut ex reditu eius masculi duplum, feminae simplum percipiant, eamque alienari

vetuit: ex consensu omnium ab herede venum data est: quaero, an et ex pretio insulae duplum mares, simplum feminae caperent. respondi ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse, nisi ea mente venditioni consenserunt, ut similiter ex pretio mares quidem duplum, feminae autem simplum consequantur". (Scaevol. lib. III Resp.)

Zweifellos haben wir es hier mit einem Familienfideicommiß zu Gunsten der bedachten Freigelassenen zu thun. In gewissem Sinne typisch für derartige Anordnungen, wenn auch vielleicht bloß des bequemen Ausdrucks wegen, ist das Verbot, das Object des Fideicommisses an Fremde zu veräußern — man vergleiche die reichhaltige Sammlung von Belagstellen bei Seuffert, Veräußerungsverbot S. 27 Anm. 19 — obschon dasselbe an sich völlig wirkungslos bleibt, sobald nicht zu ersehen ist, in wessen Interesse der Testator es ausgesprochen hat L. 93 pr. D. de leg. III 32 L. 38 § 4 D. eod L. 114 § 14 D. de leg. I 30. Erst dadurch, daß das Verbot in Beziehung zu bestimmten dritten Personen tritt, wird es zum Fideicommiß; davon abgesehen ist es ein nudum praeceptum ohne juristische Bedeutung. Einer incerta persona konnte nun zu Scävola's Zeiten auch kein Fideicommiß hinterlassen werden. Gai. II 287. Vlp. XXV § 13. Daher die Entscheidung in L. 38 § 7. D. de leg. III 32; „successioni suae" sollen die von der Mutter eingesetzten Söhne die von der Erblasserin herrührenden Grundstücke bewahren, das heißt eben allen ihren Erben, wer diese auch sein mögen. In diesem Sinne begegnet uns der Ausdruck noch bei Justinian in L. 19 C. de jur. delib. VI 30. Eine ganz andere Bedeutung hat natürlich die Disposition, durch welche der Testator „cognationi" vermacht L. 19 § 1 D. de reb. dub. 34, 5, vgl. auch Seuffert a. a. O. S. 26 Anm. 15. Mit der Nothwendigkeit einer strengen Geschlossenheit des zur An=

theilnahme am Familienfideicommiß berufenen Personenkreises hängt denn auch zusammen, was uns in L. 32 § 6 D. de leg. II 32 über die Begrenzung der familia berichtet wird. Doch ist es zweifelhaft, ob nicht in Folge der constitutio de incertis personis, welche bekanntlich auch der Familienfideicommisse ausdrücklich gedenkt, die Worte des Modestinus von den Compilatoren Justinian's einzelnen Abänderungen unterzogen worden sind; namentlich erregt der Schlußsatz des Fragmentes „nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit“ in dieser Hinsicht einen gewissen Verdacht. Vgl. Arndts in Glück's Comm. Bd. 46 S. 391—396, bes. S. 394, 395. —

Bis hierher wird über die Auslegung der L. 88 § 14 cit. kaum eine Meinungsverschiedenheit bestehen. Anders liegt die Sache mit dem eigentlichen Inhalt des Responsum. Nach Cujacius Darstellung in seinem Commentar zu unserem Paragraphen (O. O. Tom. VI. l. l.) würde der für das verkaufte Miethshaus erzielte Preis, wenn keine besondere Abmachung stattgefunden hat, zu gleichen Theilen unter die Interessenten zu distribuiren sein. Nur der Maßstab der Vertheilung wäre es also, den Scävola von der anderweitigen Einigung der Parteien abhängig gemacht hätte. Dieß halte ich nicht für richtig. Sowohl die L. 120 § 1 D. de leg. I 30 von Ulpian: „Omnibus quibus fideicommissum relictum est ad distractionem consentientibus nullam fideicommissi petitionem superfuturam“, als auch Scävola's eigene Worte „ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse“ sagen es zu deutlich, daß mit der Zustimmung zur Veräußerung jeder Fideicommißanspruch getilgt ist, als daß in der Beziehung irgend ein Zweifel erhoben werden könnte. Eine Ungenauigkeit ist es nun allerdings, wenn der Jurist auf die Ablehnung der Fideicommißklage wegen des Preises, den folgenden Satz mit nisi beginnt, und so den Schein erweckt, als ob in

diesem Ausnahmefalle der Fideicommißanspruch noch als fortbestehend anzusehen sei. Diese Incorrectheit erklärt sich indessen aus der Fassung der Frage; nicht auf den Klaggrund, sondern nur auf das Klagpetitum ist diese gerichtet. Scävola thut schon ein Uebriges, wenn er die Vermächtnißklage schlechthin für unzulässig erklärt, und damit zugleich es indirect ausspricht, die Verzichtenden haben überhaupt nichts mehr zu verlangen. An diesen Zwischengedanken schließt sich dann logisch das nisi an, und zwar gleich mit unmittelbarem Anknüpfen an das, was der Fragsteller eigentlich wissen wollte. — Aber mit welcher Klage konnte dann die getroffene Vereinbarung geltend gemacht werden? Ich glaube einfach mit einer actio praescriptis verbis, nach dem Typus facio ut facias. Verkaufsgenehmigung und Verpflichtung des Verkäufers zur antheiligen Herausgabe des Kaufpreises, stehen hier einander als Leistung und bedungene Gegenleistung gegenüber.

III.

Wer ist Partei, wer ist Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O.?

Von
Herrn Landgerichtsrath **Thiele**
in Brieg.

I.

Dem englischen Recht ist der Parteieneid fremd. Nicht allein für das Verfahren vor den County Courts (County Courts Act 9 et 10, Vict. c. 95), sondern auch für das Verfahren vor den höheren Gerichtshöfen (Stat. 14 et 15 Vict. c. 99) ist die Einrichtung getroffen, daß die Parteien als Zeugen vernommen werden dürfen. Ebenso hat auch diese Einrichtung in das nordamerikanische Prozeßrecht Eingang gefunden, und selbst in das österreichische Verfahren, wenigstens für Bagatellsachen, ist dieses Institut durch § 53 ff. des Ges. vom 27. April 1873 aufgenommen worden [1]). Auch bei Abfassung des Entwurfs zur Civilprozeßordnung hat dieser Gedanke eine eingehende Würdigung erfahren. Man ist jedoch bei reiflicher Erwägung des pro und contra zu dem Resultate gelangt, daß es sich nicht empfehle, mit dem im germanischen Recht von Alters her bewährten System zu brechen und hat daher, obwohl im Schooße der Kommission sich abermals Stimmen zu Gunsten des englischen Systems

---

1) Motive zur C.-P.-O., Hahn, S. 330.

geltend machten, das Institut der Eideszuschiebung für die deutsche Civilprozeßordnung beibehalten.

Als Grundsatz gilt demnach für das Gebiet der Civilprozeßordnung: Wer Partei ist, darf nicht als Zeuge vernommen werden, Zeuge und Partei sind einander gegenseitig ausschließende Begriffe. Wenn man sich daher die Frage vorlegt: Wer ist Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O., so könnte man sich die Beantwortung derselben leicht machen, indem man sagt: Dritter ist jeder, welcher nicht Partei ist. Indeß würde damit nicht viel gewonnen sein. Denn wenn man eine Sache nur von der Kehrseite betrachtet, so wird man nicht tief in das Wesen derselben eindringen. Einen gewissen praktischen Werth hat aber selbst diese Definition. Denn da die Kenntniß und Wissenschaft von Thatsachen, welche einer eidesfähigen Person innewohnt, in jedem Falle für den Prozeß in irgend einer Weise verwerthbar sein muß, so kann man an der Hand jenes Satzes gewissermaßen die Probe auf das Exempel machen: Gelangt man zu der Ueberzeugung, daß im concreten Fall einer Person der Eid zugeschoben werden kann, dann ist ihre Vernehmung als Zeuge ausgeschlossen; und umgekehrt, kommt man zu dem Resultat, daß in einem bestimmten Fall eine Person als Zeuge vernommen werden darf, dann steht fest, daß eine Eideszuschiebung an sie unzulässig ist.

So einfach und leicht an sich die Unterscheidung zwischen Partei und Dritten zu sein scheint, so haben sich doch in der Praxis die erheblichsten Zweifel und Bedenken herausgestellt, und es dürfte sich daher wohl der Mühe verlohnen, diese Frage einer näheren Erörterung zu unterziehen.

II.

Parteien sind, wie Wach in seinem Handbuch I, Seite 659 definirt, diejenigen, in deren Namen und für deren Rechnung ein Prozeß geführt wird, oder, wie sich das Reichs-

gericht in der Entscheidung Band VII, Seite 412 ausdrückt, die Subjekte des Rechtsstreits, das heißt Personen, welche das streitige Recht im Prozeß für sich verfolgen oder ablehnen.

Ob und in wieweit dieser Begriff auch für den § 414 der C.-P.-O. zu verwerthen ist, oder ob er etwa eine Erweiterung erfahren hat, wird sich später zeigen.

III.

Die erste Voraussetzung ist also zunächst, daß ein Rechtsstreit besteht. Dazu genügt nicht, daß sich zwei Personen um ein Recht streiten. Sie müssen das streitige Recht im Prozesse verfolgen oder ablehnen; es muß ein Rechtsstreit im technischen Sinne sein, d. h. ein Streit, welcher vor Gericht zum Austrag gebracht wird, mit welchem das Gericht befaßt, welcher bei Gericht anhängig ist.

A. Erst durch die Anhängigmachung des Prozesses, welche nach §§ 230, 235 der C.-P.-O. durch Zustellung der Klage erfolgt, werden die streitenden Personen zu Parteien [2]). Die Einreichung der Klage zum Zweck der Terminsbestimmung hat, wenn auch im Rubrum die Parteien als solche bezeichnet sind, diesen Erfolg nicht. Vor Zustellung der Klageschrift existiren keine Parteien als solche; denn erst durch Zustellung der Klageschrift wird der Beginn des Rechtsstreits in einer beide Theile verpflichtenden Weise festgestellt [3]); sowie in sachlicher Beziehung die Gebundenheit der streitenden Theile mit Zustellung der Klage ihren Anfang nimmt, so werden auch in persönlicher Beziehung erst durch Zustellung der Klage die Parteirollen fixirt [4]). So lange also einer Person die

---

2) Vgl. Gruchot, Bd. 30, S. 443.

3) Motive zu §§ 227—233 der C.-P.-O., Hahn, S. 260.

4) Auch Eccius (bei Gruchot, XXX, S. 462) verlangt zum Eintritt in den Prozeß einen äußerlich erkennbaren prozessualischen Akt, dies kann nur die Klagezustellung sein.

Klage noch nicht zugestellt ist, gilt sie als Dritter und kann als Zeuge vernommen werden, selbst wenn die Klage gegen sie gerichtet ist.

Man denke sich folgenden Rechtsfall:

A verklagt den B, C und D als Erben, welche unter sich die Erbschaft getheilt haben, ohne den Gläubigern die bevorstehende Theilung bei Zeiten bekannt gemacht zu haben, — § 137, I 17 des preußischen A. L.-R.; es handelt sich um einen preußisch-rechtlichen Fall — aus einem dem Erblasser gegebenen Darlehen. Der Richter übersieht, daß die Klage dem C nicht zugestellt ist und verurtheilt alle drei Beklagte nach dem Klageantrage und zwar den C durch Versäumnißurtheil. Das Urtheil wird dem B und D, nicht auch dem C, zugestellt; erstere Beide legen Berufung ein, sie berufen sich in II. Instanz auf das Zeugniß des C zum Beweise darüber, daß sie das Darlehen dem A zurückgezahlt und daß A das Darlehen darauf dem C von Neuem gegeben habe. Kann C als Zeuge vernommen werden? Gewiß; er war von dem Prozeß, von welchem er überhaupt noch gar keine Kenntniß zu haben brauchte, in keiner Weise berührt; da ihm die Klageschrift noch nicht zugestellt war, war er noch nicht Partei geworden. Allerdings ist es denkbar, daß das gegen ihn in I. Instanz zu Unrecht ergangene Judikat nicht ohne Wirkung ihm gegenüber ist. Denn wenn ihm das Urtheil später zugestellt wird und er verabsäumt Einspruch gegen das Versäumnißurtheil einzulegen oder die Nichtigkeitsklage gemäß §§ 542 Nr. 4, 549 Abs. 3 der C.-P.-O. zu erheben, so muß er sich die Zwangsvollstreckung aus jenem Urtheil gefallen lassen. Das berührt aber unsere Frage nicht. Denn jedenfalls in dem Rechtsstreite, welcher in der Berufungsinstanz zwischen A einerseits, B und D andererseits ausgefochten wurde, war er Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O. Ganz ebenso

würde, wenn in I. Instanz bereits jene Behauptung aufgestellt und unter die Wissenschaft des C gestellt worden wäre, der Vernehmung des C als Zeuge, so lange die Klage ihm nicht zugestellt war, nichts im Wege gestanden haben.

Daß die Zustellung eines Zahlungsbefehls der Zustellung der Klage selbst auch in Bezug auf die eben erörterte Wirkung gleichsteht (§ 633 der C.-P.-O.), bedarf einer weiteren Ausführung nicht.

Wird man hiernach an der Regel festzuhalten haben, daß die Parteirollen lediglich durch die Zustellung der Klageschrift (des Zahlungsbefehls) fixirt werden und daß daher jeder als Dritter gelten muß und demgemäß als Zeuge vernommen werden darf, der nicht durch Zustellung der Klage die Parteirolle als Kläger oder als Beklagter übernommen hat, so wird man doch hiervon eine Ausnahme constatiren müssen. Wir meinen die Fälle der §§ 447 ff. der C.-P.-O., in welchen es sich um die Sicherung der Beweise handelt. Nach § 448 Abs. 3 der C.-P.-O. kann das Gesuch um Sicherung des Beweises auch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig, eine Zustellung der Klage also noch nicht erfolgt ist. Hier müssen die im Rubrum aufgeführten Personen als Parteien gelten, auch ohne daß die Zustellung eines Schriftsatzes an sie erfolgt ist. Denn diese präparatorischen Beweisaufnahmen bilden, wie die Motive zu §§ 429 bis 436 der C.-P.-O.[5]) sagen, einen Theil des bevorstehenden Hauptprozesses und es müssen daher in diesem Verfahren diejenigen als Parteien gelten, welche, wenn der Hauptprozeß anhängig wäre, als solche figuriren würden. Während daher im Allgemeinen zur Feststellung, ob Jemand als Partei oder als Dritter anzusehen ist, der Zeit-

5) Hahn, Motive zur C.-P.-O., S. 343.

punkt der Erhebung der Klage maßgebend ist, dergestalt, daß eine Person, welcher die Klage zugestellt ist, unbedingt von der Zeugenschaft ausgeschlossen ist, muß in diesem Verfahren schon derjenige als Partei und demgemäß als unfähig Zeuge zu sein betrachtet werden, welcher in dem Gesuche als Partei bezeichnet ist.

B. So wie der Anfang des Prozesses, die Erhebung der Klage, maßgebend ist für den Beginn der Parteieigenschaft der streitenden Theile, so ist bezüglich der Endschaft dieser Parteistellung auch das Ende des Prozesses, die Rechtskraft, entscheidend. Jeder, gegen den ein rechtskräftiges Erkenntniß ergangen ist, scheidet damit ipso jure aus dem Prozesse aus, mag auch im Uebrigen — z. B. gegen die Streitgenossen — der Prozeß weiter gehen. In diesem Sinne hat das Reichsgericht in der Entscheidung Band 29, S. 370 den Satz aufgestellt, daß ein Streitgenosse, nachdem der Streit gegen ihn in I. Instanz rechtskräftig entschieden, in der Berufungsinstanz fähig ist Zeuge zu sein.

C. Bilden so Klagerhebung und Rechtskraft des Urtheils die Anfangs- und Ausgangspunkte für die Beurtheilung der Parteieigenschaft bezw. für die Beantwortung der Frage, wer als Zeuge vernommen werden darf, so können doch während dieser Zeit mannigfache Wechsel eintreten; es kann insbesondere eine Person aus dem Prozeß ausscheiden, sodaß die bisherige Partei jetzt zum Dritten wird, oder es kann eine Person, die bisher dem Prozeß fern stand, also Dritter war und als Zeuge vernommen werden durfte, in den Prozeß eintreten und damit Partei werden. Ersterer Fall wird insbesondere eintreten, wenn der Beklagte gemäß §§ 72, 73 der C.-P.-O. aus dem Prozeß entlassen wird, wenn eine Partei gemäß §§ 236, 237 der C.-P.-O. aus dem Prozeß ausscheidet, wenn bei einem Rechtsstreit mehrerer Streitgenossen die Trennung der

Prozesse gemäß § 136 der C.-P.-O. angeordnet ist, oder wenn mit Einwilligung des Gegners ein Theil erklärt, nicht mehr Prozeßpartei sein zu wollen. (cf. Entsch. d. R.-G. B. XIII, S. 416.)[6])

Letzteres wird namentlich der Fall sein, wenn der Dritte die Partei beerbt, (cf. Entsch. d. Rg. B. 29, S. 343), wenn er gemäß §§ 72, 73, 236, 237 der C.-P.-O., oder mit Bewilligung des Gegners in den Prozeß eintritt, oder wenn das Gericht gemäß § 138 der C.-P.-O. die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse zum Zweck der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnet.

Daß von dem Augenblick an, wo der Dritte in den Prozeß eintritt, derselbe alle Rechte und Pflichten einer Partei übernimmt, sodaß ihm mit voller Wirksamkeit Eide zugeschoben werden können, sowie daß andererseits von dem Augenblick an, wo die bisherige Partei aus dem Prozesse ausscheidet, sie aller Rechte und Pflichten der Partei verlustig geht, mithin von da an als Dritter anzusehen ist und als Zeuge vernommen werden kann, bedarf kaum einer näheren Ausführung. (Vgl. dazu Entsch. d. R.-G. in Seufferts Archiv B. 38, S. 467 und Entsch. d. R.-G. B. 13, S. 416.)

Fraglich könnte nur sein, inwiefern die Stellung, welche die Partei vor ihrem Austritt aus dem Prozeß, welche der Dritte vor seinem Eintritt in den Prozeß eingenommen hat, den weiteren Verlauf des Prozesses beeinflußt.

Hier ist zu unterscheiden:

1. es ist noch keine Beweisaufnahme erfolgt, bezw. noch kein Parteieneid geleistet.

Hört der Delat oder Relat nach Annahme oder Zurückschiebung des Eides auf Partei zu sein, so findet § 433

6) Vgl. Gaupp, C.-P.-O. I, S. 659 Anm. I.

der C.-P.-O. entsprechende Anwendung. Denn da dem Gesetze das Prinzip zu Grunde liegt, daß nur die Partei fähig ist einen Parteieneid zu leisten, so wird der Schwurpflichtige, wenn er seine Parteieigenschaft verliert, im Sinne des Gesetzes unfähig zur Leistung des zu- oder zurückgeschobenen Eides [7]). Beide Theile, sowohl der neu eintretende Theil als auch der Gegner können demgemäß in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche der Partei vor der Zuschiebung des Eides zustanden. Entscheidend für die Frage, ob eine Person einen Parteieneid leisten kann, ist sonach nicht der Zeitpunkt der Zu- oder Zurückschiebung des Eides, sondern der Zeitpunkt, wo der Eid geleistet werden soll, gleichviel ob der Eid durch Beweisbeschluß oder durch bedingtes Urtheil auferlegt ist [8]).

2. es ist bereits Beweis erhoben. Hier sind folgende Fälle denkbar:

a. Im Prozesse zwischen B und C ist A als Zeuge vernommen worden. A tritt im Laufe des Prozesses in denselben ein. Sein Zeugniß, welches er als Dritter abgegeben hat, ist in diesem Falle bereits Prozeßmaterial geworden; dasselbe kann daher der demnächst ergehenden Entscheidung zu Grunde gelegt werden. (Vgl. Entsch. d. R.-G. B. 29, S. 343; Gruchot Beiträge B. 33, S. 1171.)

b. Dem A ist in seinem Prozesse wider B der Eid zugeschoben von ihm angenommen und abgeleistet worden. Nach Leistung des Eides scheidet er aus dem Prozeß aus. Er war demnach zur Zeit der Ableistung des Eides Prozeßpartei; die Eidesabnahme entspricht daher vollständig den

7) Vgl. Gaupp, C.-P.-O., Anm. 1 zu § 411, S. 767, und Anm. II 2 zu § 433, S. 795.

8) Vgl. Gaupp (C.-P.-O. S. 767, Anm. 1 zu § 411), welcher jedoch unseres Erachtens zu Unrecht als maßgebend den Schluß der mündlichen Verhandlung ansieht, auf welche die Entscheidung über Auferlegung des Eides ergeht.

Vorschriften der Civilprozeßordnung. Durch Leistung des Eides gilt gemäß § 428 der C.=P.=O. die beschworene Thatsache als erwiesen. Das hierdurch gewonnene Resultat ist somit Prozeßstoff geworden und ist wie eine unter den Parteien unstreitige Thatsache bei der demnächst ergehenden Entscheidung verwerthbar.

Dasselbe wird auch zu gelten haben, wenn A, für welchen ein Eid normirt war, die Eidesleistung verweigert und darauf aus dem Prozesse ausscheidet. Die daran sich gemäß § 429 der C.=P.=O. knüpfende Folgerung, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als erwiesen gilt, gehört mit zu dem gesammten Inhalt der Verhandlungen, zu dem Ergebniß der Beweisaufnahme im Sinne des § 259 der C.=P.=O. und dies um so mehr, als gerade in Beziehung auf die Folgen der Leistung bezw. Nichtleistung des Parteieneides durch §§ 428, 429 der C.=P.=O. das Prinzip der freien Beweiswürdigung, von welchem die Civilprozeßordnung beherrscht wird, durchbrochen ist[9]).

IV.

Die Zustellung allein begründet aber noch nicht die Parteieigenschaft; es muß noch ein Weiteres hinzukommen. Subjekte des Rechtsstreits sind die Personen, welche das streitige Recht *für sich* verfolgen oder ablehnen, in deren Namen und für deren Rechnung ein Prozeß geführt wird.

Ob der Prozeßführende nur eine vorgeschobene Person ist (z. B. bei der Scheincession), ist gleichgültig. Wenn der Prozeß nicht formell auf den Namen des wahren Interessenten geführt wird, bleibt dieser wahre Interessent in Bezug auf den Prozeß dritte Person; ihm kann daher kein Eid zugeschoben, wohl aber kann er als Zeuge vernommen werden

---

9) Vgl. Motive zu § 411, 412 der C.=P.=O., *Hahn*, S. 338.

(vgl. Entsch. des R.-G. in der jur. Wochenschrift von 1889, S. 17).

Kläger muß also formell ein Recht für sich in Anspruch nehmen, Beklagter die diesem Recht entsprechende Pflicht von sich ablehnen. Es genügt nicht, daß Jemand ein unmittelbares Interesse am Rechtsstreit hat, nicht, daß sein Rechts- und Pflichtenkreis in rechtlichem Zusammenhange mit dem Streitverhältniß steht und durch den Ausgang des Rechtsstreits beeinflußt wird. Trotzdem bleibt er im Verhältniß zu dem Prozesse ein Dritter, er verliert nicht die Fähigkeit, als Zeuge vernommen zu werden [10]).

Ein solches unmittelbares Interesse am Rechtsstreit haben insbesondere:

1. der nicht mitverklagte Schuldner im Interventionsprozeß in Betreff des Abschlusses des Veräußerungsgeschäftes [11]);

2. die nicht mitklagende Geschwängerte betreffs der Thatsache der Beischlafsvollziehung innerhalb der gesetzlichen Conceptionszeit, soweit sie nicht nach Landesrecht als gesetzliche Vertreterin allein oder neben dem Vormunde nach § 435 der C.-P.-O., oder als Streitgenosse nach § 434 bezw. 436 der C.-P.-O. am Prozesse betheiligt ist [11]) (Entsch. des R.-G., B. 15, S. 304, — französisch-rechtlicher Fall —);

3. der Regreßpflichtige, selbst dann, wenn ihm der Streit verkündet und er dem Prozeß als Nebenintervenient beigetreten ist. Denn „er verfolgt nicht sein Recht, sondern unterstützt die Prozeßpartei bei Verfolgung ihres Rechtes. Der Wille der letzteren bleibt für den Prozeß maßgebend und der Litisdenunciat kann mit demselben durch seine Prozeßhandlungen nicht in Widerspruch

10) Vgl. Förster, C.-P.-O., Anm. 1 zu § 338 der C.-P.-O., S. 597.

11) Vgl. Gaupp, Anm. 1 zu § 411, S. 767.

treten; er darf insbesondere nicht den Streitgegenstand ändern, nicht Anerkenntnisse in Betreff desselben abgeben und nicht einen Parteieneid leisten" (Entsch. des R.-G., B. 20, S. 393 und die daselbst angeführte Litteratur);

4. überhaupt jeder Nebenintervenient, wenn er nicht nach § 66 der C.-P.-O. zu den Streitgenossen zu rechnen ist (§ 414, Abs. 2 der C.-P.-O.). Das sub 3 Gesagte gilt daher auch allgemein von jedem solchen Nebenintervenienten. Als unterstützende Nebenpartei ist der Intervenient zwar berechtigt, dem Gegner den Eid zuzuschieben, soweit die von ihm unterstützte Partei nicht ausdrücklich oder stillschweigend widerspricht; denn er ist nach § 64 der C.-P.-O. befugt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, soweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen. Die entgegenstehende Ansicht von Bülow's (Kommentar § 358, Note 4) und Franke's (Nebenparteien, S. 109), daß der Nebenintervenient gänzlich vom Eidesbeweise, also auch von der activen Betheiligung ausgeschlossen sei, ist mit dem Inhalt des § 64 der C.-P.-O, ebenso wenig, wie mit dem des § 414 der C.-P.-O. vereinbar [12]).

5. Der Mitberechtigte und Mitverpflichtete, sofern er nicht etwa als Streitgenosse dem Prozesse beigetreten ist und damit auch formell an demselben Theil nimmt. Denn Streitgenossen, welche mitklagen oder mitverklagt werden, verfolgen dadurch im Prozesse ihr Recht, sie sind Parteien; es ist aber sehr wohl auch eine Mitberechtigung und Mitverpflichtung ohne Streitgenossenschaft, ohne Betheiligung am Prozesse denkbar; und in diesen Fällen müssen die an dem Prozesse formell nicht Theil nehmenden Mitberechtigten

12) Entsch. d. R.-G. jur. Wochenschrift pro 1891, S. 129, Förster, C.-P.-O., Bd. II, Anm. 1 zu § 414, S. 9.

und Mitverpflichteten als Dritte im Sinne des § 414 der C.-P.-O. angesehen werden[13]).

6. Aus diesem Grunde kann auch der Hauptintervenient nicht als Partei gelten. Der Hauptintervenient verfolgt zwar das streitige Recht für sich, er macht es auch im Prozesse geltend; aber er bringt es nicht in demselben Prozesse zur Geltung, welcher zwischen den Hauptparteien schwebt. Daher redet auch die Civilprozeßordnung von einem Hauptprozeß im Gegensatz zu diesem Hauptinterventionsprozeß und giebt den Parteien das Recht, ihren Prozeß aussetzen zu lassen, bis die Entscheidung in dem Hauptinterventionsprozeß ergangen ist (§§ 61, 62 der C.-P.-O.). Besteht auch ein innerer Zusammenhang zwischen dem Hauptprozeß und dem Hauptinterventionsprozeß, insofern letzterer die Rechtshängigkeit des ersteren voraussetzt und die Zustellungen im Hauptinterventionsprozeß an die Prozeßvertreter des anhängigen Hauptprozesses erfolgen müssen[14]), so sind es doch gleichwohl verschiedene Prozesse und der Hauptinterventionskläger kann daher nicht als Partei im Hauptprozeß angesehen werden; er ist vielmehr in Bezug auf den zwischen den Hauptparteien anhängigen Prozeß Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O.[15]).

7. Der Cedent. Nach früherem Rechte war es zweifelhaft, ob die De- und Relation des Eides an den Cedenten, bezw. die Ableistung desselben durch den Cedenten zulässig sei (vgl. für das preußische Recht § 279 I 10 A. G.-O. und Entsch. des Obertribunals B. 43, S. 402). Für das jetzige Recht kann, da der Cedent, welcher sich nicht am Prozesse betheiligt, nicht Partei, sondern Dritter ist, gemäß der Vorschrift des § 414 der C.-P.-O. ein Zweifel nicht

---

13) Vgl. Gaupp. C.-P.-O. I, S. 659, Vorbemerkung.

14) § 78 der C.-P.-O. und Entsch. d. R.-G., Bd. 15, S. 428.

15) Gaupp, C.-P.-O. I, S. 659, Vorbemerkung I; Wilmowsky und Levy, 338, Anm. 1, S. 546.

bestehen, daß der Cedent zwar als Zeuge vernommen werden kann, eine Eides-Zuschiebung oder Zurückschiebung ihm gegenüber aber unzulässig ist, um so weniger, als nach § 410 der C.-P.-O. der Partei selbst der Eid über Handlungen oder Wahrnehmungen ihres Rechtsvorgängers zugeschoben werden kann [16]).

Sehr mit Unrecht ist die Zulässigkeit der Vernehmung des Cedenten als Zeugen bestritten von Pfizer (in Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, B. 14, S. 293 ff). Er theilt die Aussagen der Zeugen ein in Behauptungen, Geständnisse und eigentliche Zeugnisse, je nachdem sie dem Aussagenden von Nutzen, von Schaden, oder indifferent sind, und stellt die durch nichts haltbare und im Gesetze nirgends eine Stütze findende These auf, die reine Behauptung — die Aussage über seinen eigenen Nutzen, sein eignes Recht (Seite 304) — sei überhaupt kein Zeugniß und werde es auch dadurch nicht, daß der Aussagende die Worte hinzufüge: „Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe". Demgemäß kommt er zu dem Resultat, daß ein Cedent über die Existenz des abgetretenen Anspruchs sowie auch über die die Fälligkeit desselben begründenden Modalitäten nicht als Zeuge vernommen werden dürfe. Hätte der Verfasser damit sagen wollen, die Aussage eines solchen Cedenten verdiene nicht absolut vollen Glauben, so ließe sich allenfalls darüber reden, obwohl man von vornherein eine Aussage mit Rücksicht auf besondere vorliegende Umstände als absolut unglaubwürdig anzusehen nicht berechtigt ist, vielmehr über das Maaß der ihr innewohnenden Glaubwürdigkeit immer erst im concreten Falle nach Lage der Sache, nach dem persönlichen Eindruck, den der Zeuge macht, nach der innern Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Aussage u. s. w. zu urtheilen hat.

---

16) Vgl. Förster, C.-P.-O. II, § 414, Anm. 1, S. 9; Wilmowsky und Lewy, § 338, Anm. 1, S. 546; Gaupp, C.-P.-O. I, S. 659, Vorbemerkung I.

Wenn aber der Verfasser gar die Behauptung aufstellt, die Vernehmung des Cedenten als Zeuge über die erwähnten Punkte sei geradezu unzulässig, so dürfte sich seine Aufstellung mit den Grundsätzen der Civilprozeßordnung und speziell mit dem § 358 N. 4 der C.-P.-O., wonach Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt sind, zwar zunächst uneidlich, aber doch immerhin als Zeugen zu vernehmen sind, kaum vereinigen lassen. Denn gerade dieser § 358, N. 4, der C.-P.-O. zeigt zur Evidenz, daß die Frage, ob der Aussagende über seinen Nutzen oder seinen Schaden vernommen wird, für die Qualifikation seiner Aussage als Zeugniß vollständig unerheblich ist. Will der Verfasser den Cedenten nicht als Zeugen vernommen wissen, so müßte er schlechterdings dazu kommen, die Eideszuschiebung an denselben zuzulassen. Denn nach dem oben an die Spitze gestellten Satze muß die einer eidesfähigen Person innewohnende Kenntniß von Thatsachen in jedem Falle in irgend einer Weise für den Prozeß verwerthbar sein. Entweder ist sie Partei, dann kann ihr der Eid zugeschoben werden, oder sie ist Nicht-Partei, also Dritter; dann kann sie als Zeuge vernommen werden. Ist sie daher nach Ansicht des Verfassers nicht als „Dritter" aufzufassen, so müßte die Eideszuschiebung an sie zulässig sein, eine Consequenz, welche der Verfasser nicht gezogen hat und auch sicher nicht hat ziehen wollen.

Alle diese sub 1—7 aufgeführten Personen stehen sonach dem Prozesse, wenn sie auch ein unmittelbares Interesse am Ausgange desselben haben, als Dritte gegenüber; sie können in Folge dessen als Zeugen vernommen werden (§ 358, N. 4 der C.-P.-O.), können jedoch keine Parteieneide leisten.

V.

Um Partei zu sein, muß man ein streitiges Recht für sich in Anspruch nehmen, oder die dem Recht entsprechende

Pflicht von sich ablehnen. Daraus folgt, daß auch Bevollmächtigte jeder Art nicht zu den Parteien zu rechnen sind, gleichviel in welchem Umfange die Vollmacht ertheilt ist, mag es sich um eine Prokura, eine Generalvollmacht, oder auch nur um eine Prozeßvollmacht handeln; ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob der Vertreter früher bevollmächtigt war, oder ob er noch gegenwärtig bevollmächtigt ist. Es kann also auch der Prozeßbevollmächtigte in demselben Prozeß, für welchen ihm die Vollmacht ertheilt ist, als Zeuge vernommen werden. Auch dies hat Pfizer (in Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, B. 14, S. 293) bestritten. Die Abhandlung läßt zwar nicht klar erkennen, ob der Verfasser dem Prozeßbevollmächtigten die Fähigkeit, als Zeuge vernommen zu werden, ganz allgemein abspricht, oder ob er nur sein Zeugniß zum Beweise der ertheilten Vollmacht ausgeschlossen wissen will. Jedenfalls muß man nach seiner Argumentation annehmen, daß ein Prozeßbevollmächtigter, soweit er über seinen eigenen Vortheil, sein eigenes Recht aussagen soll, seiner Ansicht nach nicht als Zeuge vernommen werden darf. Wir glauben bereits oben unter IV, 7 auf das Unhaltbare dieser Ansicht hingewiesen zu haben. Wenn der Verfasser eine Bestätigung seiner Ansicht — daß der Prozeßbevollmächtigte über die ihm ertheilte Vollmacht nicht als Zeuge vernommen werden darf — in § 76 der C.-P.-O. zu finden glaubt, wonach der Bevollmächtigte die Bevollmächtiguug durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen hat, und wenn er hieraus folgert, daß der, welcher den Nachweis zu führen hat, nicht selbst Zeuge sein kann, so übersieht er, daß durch diese Vorschrift nicht der Beweis geregelt werden soll, in dem Sinne, daß gerade der Bevollmächtigte den Nachweis zu führen hat; — es würde vollkommen genügen, wenn die Partei selbst die schriftliche Vollmacht zu den Akten einreicht. — Das Hauptgewicht liegt vielmehr unseres Erachtens auf dem Zusatz „durch eine schriftliche Vollmacht“, was Pfizer

nicht anerkennen zu wollen scheint. Um den Bevollmächtigten, das ist der Sinn jener Vorschrift, zur Vornahme künftiger Vertretungshandlungen im Prozeß zu berechtigen, bedarf es einer schriftlichen Vollmacht; wer aber diese Vollmacht beibringt, ob der Prozeßbevollmächtigte oder die Partei, ist Nebensache [17]).

Was von den Bevollmächtigten gilt, gilt in gleicher Weise auch von den Beiständen; sie unterstützen nur die Partei, verfolgen aber nicht ein Recht für sich.

Einer besonderen Erörterung bedarf an dieser Stelle das Verhältniß der Eheleute zu einander, speziell in den Rechtsgebieten, in welchen dem Ehemann ein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht am Vermögen seiner Ehefrau zusteht. Hier pflegt vielfach die Ehefrau im Beistande ihres Ehemannes zu klagen oder verklagt zu werden. Wenn auch nach § 51 der C.-P.-O. die Ehefrau als prozeßfähig anzusehen ist, so wird dadurch das Recht des Ehemanns, auf Grund seiner Rechte, insbesondere auch seines Verwaltungsrechts zu klagen, sowie sein Recht und seine Pflicht, auf Grund desselben sich verklagen zu lassen, nicht beseitigt [18]).

Hierbei wird zu unterscheiden sein:

A. die Rolle des Klägers; es sind folgende Fälle denkbar:

1. Es klagen beide Eheleute, der Ehemann kraft seines ihm als Verwalter und Nießbraucher des Eheguts zustehenden Rechtes; beide Eheleute sind hier Streitgenossen, beide also Partei.

2. Die Ehefrau klagt allein. Die Frage, ob und wie weit dies nach der Civilprozeßordnung statthaft ist, mag hier unerörtert bleiben. Jedenfalls ist der Ehemann, wenn er auch ein Interesse am Ausgange des Rechtsstreits ver-

---

17) Vgl. Gaupp, C.-P.-O. I, Anm. 3 zu § 76, S. 186.

18) Vgl. Wilmowsky und Lewy, Anm. 2 zu § 51, S. 97, und die dort angeführte Literatur.

möge seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts hat, als Dritter anzusehen, da er dem Prozesse nicht formell beigetreten ist.

3. Der Ehemann klagt allein kraft seines Verwaltungsrechts. Eine solche Klage wird man unbedenklich zulassen müssen. So sagt das preußische Allgemeine Landrecht z. B. im § 188 II 1 ausdrücklich, daß der Ehemann die Pflicht habe, seine Frau im Prozesse zu vertreten; und wenn auch § 83 I 21 des A. L.-R. vorschreibt, der Nießbraucher müsse bei Prozessen, welche die Substanz der Sache, deren Pertinenzstücke und Gerechtigkeiten betreffen, den Eigenthümer zuziehen, so berührt diese Vorschrift doch lediglich das innere Verhältniß zwischen Nießbraucher und Eigenthümer, nicht aber das Verhältniß zwischen Gericht und Nießbraucher oder das des Nießbrauchers zu dritten Personen (Entsch. des preußischen Obertribunals, B. 45, S. 431). Das petitum wird in diesem Falle dahin zu richten sein, daß der Beklagte schuldig sei, die in Frage stehende Leistung an den Kläger als Verwalter des Vermögens seiner Ehefrau zu machen[19]). Hier ist der Ehemann Prozeßpartei; die Ehefrau ist zwar beim Ausgange des Prozesses unmittelbar betheiligt (§ 358, N. 4 der C.-P.-O.), gleichwohl aber dritte Person.

4. Die Ehefrau klagt „im Beistande ihres Ehemanns". Hier ist die Frau, ungeachtet der Zuziehung des Ehemannes, selbständige Prozeßpartei (Entsch. des R.-G. vom 5. März 1887, Seuffert's Archiv, B. 42, S. 352). Es fragt sich nur, welche Stellung der Ehemann zum Prozeß einnimmt. Dies hängt wiederum davon ab, in welchem Sinne diese Formel „im Beistande des Ehemanns" zu verstehen ist. Mit Recht bemerkt in dieser Beziehung Boas (bei Gruchot, B. 29, S. 305, „die Ehefrau als Prozeßpartei

19) Vgl. Gaupp, C.-P.-O., Anm. 22 zu § 51, C.-P.-O. S. 124.

im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechts"): „Diese Formel ist bedeutungslos und zwecklos, insofern dadurch der Ehemann nur als Prozeßbeistand seiner Ehefrau bezeichnet werden soll; sie reicht um eben deshalb nicht mehr aus, so weit aus materiellen Gründen der Beitritt des Ehemanns nothwendig ist, indem dieser Beitritt bei der selbständigen Prozeßfähigkeit der Ehefrau nur noch in der Weise erfolgen kann, daß der Ehemann als Mitkläger oder Mitbeklagter neben seiner Ehefrau, d. h. als selbständige Prozeßpartei auftritt. Der Prozeßrichter wird daher, wenn jene Formel gebraucht wird, festzustellen haben, welche Bedeutung ihr von der Partei beigelegt wird und ob insbesondere der Ehemann für seine Person dadurch als Mitkläger oder Mitbeklagter bezeichnet werden soll".

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung bei Gruchot (B. 33, S. 1137) jener Formel die Bedeutung beigemessen, daß der Ehemann, wenn die Frau in seinem Beistande als Klägerin auftritt, damit in Ausübung seiner maritalischen Rechte es genehmige, daß die Frau allein klage. Dem entsprechend hat das Reichsgericht es gebilligt, daß ein solcher Ehemann, in dessen Beistand die Ehefrau als Klägerin auftritt, nicht als Prozeßpartei anzusehen, ihm daher ein Parteieneid nicht zuzuschieben ist.

Daran wird jedenfalls, soweit es sich um die Parteirolle des Klägers handelt, festzuhalten sein. Ist der Ehemann aber nicht Prozeßpartei, so ist er nothwendig, wenn auch unmittelbar am Ausgange des Rechtsstreits interessirt, Dritter und steht daher seiner Vernehmung als Zeuge nichts entgegen.

B. die Rolle des Beklagten.

Werden

1. beide Eheleute gemeinschaftlich in demselben Prozesse,
2. die Ehefrau allein

verklagt, so dürfte es einem Zweifel nicht unterliegen, daß das sub A 1 und 2 Gesagte auch hier zutrifft;

3. eine Klage gegen den Ehemann allein als Verwalter des Eheguts würde unseres Erachtens wegen mangelnder Passivlegitimation der Abweisung unterliegen (vgl. Entsch. des preußischen Obertribunals B. 45, S. 431); es wäre aber der Fall denkbar, daß in einem Vorprozeß die Ehefrau zur Zahlung einer Geldsumme verurtheilt wäre[20]), und daß alsdann in einem nachfolgenden Prozesse die Klage gegen den Ehemann gerichtet wird, mit dem Antrage, sich die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau gefallen zu lassen, bezw. den Anspruch aus dem in seiner Verwaltung befindlichen Vermögen der Ehefrau zu befriedigen. In diesem Fall würde natürlich der Ehemann allein Prozeßpartei sein und der Vernehmung der Ehefrau als Zeugin nichts im Wege stehn.

4. Endlich bleibt zu erörtern der Fall, wenn die Ehefrau im Beistande des Ehemanns verklagt wird. Auch wenn hier die Klage dem Ehemann mit zugestellt wird, wird man dem Klagepetitum, wenn es lediglich auf Verurtheilung der Ehefrau geht, doch nicht die Deutung geben können, daß der Ehemann die Verurtheilung der Ehefrau anerkennen solle. Entscheidend ist unseres Erachtens lediglich, ob eine Verurtheilung des Ehemanns beantragt ist, sei es dahin, den Kläger wegen der eingeklagten Forderung aus dem in der Verwaltung des Ehemanns stehenden Vermögen der Ehefrau zu befriedigen, oder sei es dahin, sich die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau gefallen zu lassen. Ist ein solcher gegen den Ehemann gerichteter Antrag gestellt, dann ist der Ehemann mit Partei, auch wenn das Klagerubrum nur lautet „gegen die Ehefrau im Beistande ihres Ehemanns“, ihm kann der Eid zugeschoben,

---

20) Vgl. Gaupp, C.-P.-O., S. 124 b β.

aber er kann nicht als Zeuge vernommen werden. Ist das petitum gar nicht gegen den Ehemann gerichtet, soll er zu nichts verurtheilt werden, dann ist der Zusatz, Beklagte solle „im ehelichen Beistande" verurtheilt werden, eine leere nichtssagende Phrase, welche dem Ehemann, sollte ihm auch die Klage zugestellt sein, nicht die Parteieigenschaft giebt. Denn das gegen die Ehefrau „im ehelichen Beistande" ergangene Urtheil ist dem Ehemann gegenüber nicht vollstreckbar; es bleibt dem Ehemann unbenommen, seine aus dem Verwaltungs= und Nießbrauchsrechte hergeleiteten Ansprüche im Wege der Exekutionsintervention geltend zu machen. Ein solcher blos als Beistand zugezogener Ehemann ist daher Dritter im Sinne des § 414 der C.=P.=O. Seiner Vernehmung als Zeuge steht nichts im Wege; eine Eideszuschiebung an ihn ist unzulässig[21]).

Ganz eben dieselben Grundsätze greifen Platz, wenn ein großjähriges, unter väterlicher Gewalt stehendes Kind klagt oder verklagt wird. Auch hier bringt die Verwaltungsbefugniß und das Nießbrauchsrecht des Vaters es mit sich, daß er in derselben Weise wie bei Prozessen der Ehefrau der Ehemann in den Prozessen der Hauskinder zugezogen werden muß. Nach den sub A 1—4 und B 1—4 angegebenen Prinzipien

21) Hierbei muß hervorgehoben werden, daß dies allerdings eine Interpretationsfrage ist. Legt man in Bethätigung einer weniger strengen Auffassung der gegen die Ehefrau im ehelichen Beistande gerichteten Klage den Sinn bei, daß der als Beistand zugezogene Ehemann durch diese Zuziehung veranlaßt werden soll, seine Rechte zu vertheidigen und erblickt man daher in einer solchen Klage zugleich das an den Ehemann gestellte Verlangen ausgedrückt, der Ehemann solle sich der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau gefallen lassen, so würde naturgemäß der Ehemann als Prozeßpartei anzusehen sein. Wenn nicht besondere Umstände diese Auffassung rechtfertigen, wird man aber unseres Erachtens entsprechend unseren obigen Ausführungen den lediglich als Beistand der verklagten Ehefrau zugezogenen Ehemann als Dritten im Sinne des § 414 der C.=P.=O. anzusehen haben.

wird es sich danach entscheiden, ob er Partei, ob er Dritter in diesem Prozesse ist.

VI.

Parteien sind Subjekte des Rechtsstreits, welche ein streitiges Recht für sich verfolgen oder die dem Recht entsprechende Pflicht von sich ablehnen.

Damit ist aber der Begriff der Parteien im Sinne des § 414 der C.-P.-O. noch nicht erschöpft. Denn nach der positiven Vorschrift des § 435 der C.-P.-O. ist der gesetzliche Vertreter, unter welchem die Civilprozeßordnung den Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei [22]) versteht, der Partei im Sinne des § 414 der C.-P.-O. gleichgestellt [23]).

Diese gesetzlichen Vertreter gliedern sich in zweierlei Gruppen. Sie können prozeßunfähige Parteien vertreten, welche

A. zwar thatsächlich, aber nicht rechtlich Prozeßhandlungen vornehmen können. Dahin gehören z. B. Minderjährige, Bevormundete u. s. w. Wenn auch ihr gesetzlicher Vertreter als Partei gilt, so hören diese Personen doch nicht auf selbst Parteien zu sein; sie können daher als Dritte im Sinne des § 414 der C.-P.-O. nicht angesehen, daher auch nicht als Zeugen eidlich oder uneidlich vernommen werden, bezw. es kann ihr Zeugniß, wenn sie gehört sind, nicht bei der Entscheidung verwerthet werden (vgl. Entsch. des R.-G., B. 12, S. 188, wo ein vom Vater vertretenes Hauskind über eine ihm zugefügte Beschädigung vernommen war). Dagegen kann ihnen unter Umständen, wenn die Voraussetzungen des § 435 Abs. 2 der C.-P.-O. vorliegen, ein Parteieneid anvertraut werden (vgl. Entsch.

22) Motive zu §§ 50—55 C.-P.-O., Hahn, S. 169.

23) Vgl. Förster, C.-P.-O. I, Anm. 1 zu § 338, S. 597; Entsch. d. R.-G., Bd. II, S. 400, Bd. XII, S. 188; Seuffert, Archiv, Bd. 40, S. 364.

des R.-G. bei Gruchot, B. 29, S. 1080). Allerdings kann eine solche Partei, da sie eben Partei ist, auch Parteierklärungen abgeben und der Richter kann dergleichen Parteierklärungen, wenn er sie glaubhaft findet, als zu dem gesammten Inhalt der Verhandlungen gehörig, gemäß § 259 der C.-P.-O. bei der Entscheidung berücksichtigen. Wird aber die Aussage einer Partei als Zeugniß abgegeben, also vom Richter erfordert und in den Formen einer Zeugenaussage niedergelegt, so ist diese Aussage nicht geeignet, Grundlage der Entscheidung zu sein.

B. Die gesetzlichen Vertreter können sodann aber auch solche prozeßunfähige Parteien vertreten, welche weder thatsächlich noch rechtlich Prozeßhandlungen vorzunehmen in der Lage sind. Hierher gehören insbesondere juristische Personen, Korporationen und alle diejenigen Gesellschaften und Vereine, welche diesen gleichzustellen sind.

Auch für die gesetzlichen Vertreter gilt das oben ad III A—C Gesagte. Maßgebend für die Parteieigenschaft der gesetzlichen Vertreter ist auch hier der Zeitpunkt der Klageerhebung, also der Zustellung der Klage einerseits, andrerseits aber der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urtheils.

1. War der gesetzliche Vertreter zur Zeit der Zustellung der Klage gesetzlicher Vertreter, so gilt er als Partei, allerdings vorausgesetzt wird dabei, daß ihm nicht gerade für den Prozeß die Vertretungsbefugniß entzogen, bezw. ein Spezialvertreter bestellt ist. Man denke sich z. B. folgenden Fall: A. ist zum Vormund des minderjährigen B. bestellt; es soll gegen die Ehefrau des Vormundes Klage erhoben werden. Wahrscheinlich wird der Vormundschaftsrichter Veranlassung nehmen, wegen des collidirenden Interesses einen Pfleger für den Mündel zum Zweck der Wahrnehmung seiner Rechte in dem gegen die Ehefrau des Vormundes zu führenden Prozesse zu bestellen. Hört deshalb der Vormund auch im Allgemeinen nicht auf gesetz-

licher Vertreter des Mündels zu sein, so scheidet er doch für diesen Prozeß dadurch als solcher aus, daß an seiner Stelle vom Vormundschaftsrichter ein Specialvertreter bestellt ist.

Wilmowsky und Lewy (Anm. 1 zu § 338, S. 546) scheinen dies mit Bezug auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. Februar 1888 (Busch a. a. O. B. 13, S. 386) verneinen zu wollen. Indeß in dem dort behandelten Fall lag die Sache ganz anders.

Dort war die Klage dem Vormund als gesetzlichem Vertreter des Mündels zugestellt. Im Laufe des Prozesses hatte der Vormundschaftsrichter auf Veranlassung des Mündels in der ausgesprochenen Absicht, damit der Vormund als Zeuge vernommen werden könnte, einen Pfleger bestellt; und daraufhin ist der Vormund als Zeuge vernommen worden. Ein gesetzlicher Grund, so führt das Oberlandesgericht aus, zur Bestellung eines Pflegers sei nicht gegeben gewesen, da der Vormund an der Ausübung seiner Rechte weder aus thatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen behindert gewesen sei. Wenn in der Entscheidung weiter gesagt ist, dem Prozeßgericht habe die Prüfung der gesetzmäßigen Bestellung des Pflegers nach § 59 der C.-P.-O. obgelegen, so ließe sich allerdings wohl sehr darüber streiten, ob der Prozeßrichter in eine materielle Nachprüfung der vom Vormundschaftsrichter erlassenen Verfügungen von Amtswegen einzutreten befugt, oder ob nicht vielmehr sein Prüfungsrecht auf die formelle Legitimation beschränkt ist. Indeß im vorliegenden Falle war die Klage an den Vormund als gesetzlichen Vertreter zugestellt; damit war er Partei geworden; von da ab konnte er nicht aus dem Prozeß ausscheiden ohne irgend einen äußerlich erkennbaren prozessualischen Act[24]. „Die

---

24) Vgl. Eccius bei Gruchot, Bd. 30, S. 462.

vom Vormunde unterschriebene, auf den Anwalt I. Instanz lautende Vollmacht kann durch die Erklärungen der Beklagten, es sei ihnen ein Pfleger für diesen Prozeß bestellt, der sie zu vertreten habe, nicht als erledigt oder widerrufen angesehen werden" (vgl. Gründe jener Entscheidung).

2. Ist der Prozeß der vom gesetzlichen Vertreter vertretenen Partei gegenüber rechtskräftig entschieden, so trifft das sub III B Gesagte zu. Der gesetzliche Vertreter ist dann, wenn der Prozeß gegen die übrigen Streitgenossen weitergeht, im Verhältniß zu letzteren Dritter.

3. Ebenso bietet ein Wechsel während des Prozesses keine Besonderheiten. Das sub III C Gesagte gilt auch hier. Wird daher z. B. ein Dritter, welcher als Zeuge vernommen werden konnte, und welcher als Zeuge vernommen worden ist, währeud des Prozesses gesetzlicher Vertreter einer Partei, z. B. Vormund, so ist seine vorher bereits erfolgte Zeugenaussage Prozeßstoff geworden, sie gehört zu dem gesammten Inhalt der mündlichen Verhandlungen im Sinne des § 259 der C.=P.=O. und kann daher bei der Entscheidung Berücksichtigung finden (vgl. Entsch. des R.=G., Gruchot, B. 33, S. 1171). Hervorzuheben ist nur, daß hier selbstredend der gesetzliche Vertreter auch dann aufhört als Partei zu gelten, wenn er während des Prozesses die gesetzliche Vertretung verliert, sei es, daß er als gesetzlicher Vertreter entlassen wird, (z. B. Entsetzung, Entlassung des Vormundes), oder sei es, daß die Partei selbst prozeßfähig wird, z. B. wenn der Minderjährige großjährig wird [25]), wenn die Entmündigung aufgehoben wird. Von dem Augenblick an, wo der gesetz=

25) Ist der großjährig gewordene Minorenne Haussohn, so bleibt der Vater vermöge der Vorschriften über die väterliche Gewalt am Prozesse noch weiter mitbetheiligt, wofern er nicht ausdrücklich oder durch concludente Handlungen erklärt, aus dem Prozesse auszuscheiden. Vgl. oben V am Ende.

liche Vertreter als solcher ausscheidet, gilt er als Dritter. Bezüglich der Eidesleistung ist entscheidend für die Frage, ob der gesetzliche Vertreter als Partei im Sinne des § 414 der C.-P.-O. zu gelten habe, der Zeitpunkt, wo der Eid geleistet werden soll. Scheidet er nach Leistung des zu- oder zurückgeschobenen Eides aus, so ist das durch die Leistung des Eides gewonnene Resultat Prozeßstoff geworden und kann daher bei der demnächst ergehenden Entscheidung verwerthet werden.

Mehrere Vertreter derselben prozeßunfähigen Partei sind nicht Streitgenossen, sowie mehrere Vertreter einer Partei nicht Parteien sind. (Wilmowsky und Lewy Anm. 1 zu § 56 S. 105.) Wird eine prozeßunfähige Partei von mehreren Personen vertreten, so müssen alle Vertreter den Eid zu- bezw. zurückschieben, und der Eid muß allen zu- bezw. zurückgeschoben werden (§§ 434, 436 der C.-P.-O.), gleichviel ob mehrere Personen zur Collektiv-Vertretung berufen sind, oder ob jeder der mehreren Vertreter die prozeßunfähige Partei für sich allein zu vertreten befugt ist[26]. Bezüglich der Ableistung der Parteieneide trifft jedoch hier der § 436 der C.-P.-O. die erleichternde Bestimmung, daß, sofern der Eid die eignen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter betrifft, er von den übrigen nicht zu leisten ist.

Es würde zu weit führen, für alle einzelnen Fälle einer gesetzlichen Vertretung diejenigen Personen zu bezeichnen, welche zur gesetzlichen Vertretung berufen sind. Eine ausführliche Zusammenstellung findet sich bei Gaupp C.-P.-O. I, S. 49 Anm. III zu § 20 und S. 116 Anm. V zu § 50.

Wer hiernach zur gesetzlichen Vertretung berufen und daher der Partei gleichgestellt ist, ist natürlich unfähig als Zeuge vernommen zu werden. So hat dies das Reichsge-

---

26) Gaupp, C.-P.-O., Bd. I, S. 803, Anm. II zu § 436.

richt in Betreff der Direktoren der Aktiengesellschaften in der Entscheidung B. II S. 400 und in Betreff der Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft in der Entscheidung Seufferts Archiv B. 50 S. 364 ausdrücklich ausgesprochen.

VII.

Nur ein Fall der gesetzlichen Vertretung möge hier besonders besprochen werden, weil er in Theorie und Praxis zu den größten Meinungsverschiedenheiten Veranlassung gegeben hat, wir meinen die offene Handelsgesellschaft.

Die Frage, in welchem Verhältniß die einzelnen, namentlich auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter zur Gesellschaft stehen, ob sie insbesondere in Prozessen der offenen Handelsgesellschaft als Parteien oder als Dritte zu gelten haben, hängt innig mit der Frage nach der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaften zusammen, welche weder durch das Handelsgesetzbuch, noch auch durch die Civilprozeßordnung ihre Beantwortung gefunden hat, deren Lösung vielmehr der Wissenschaft überlassen worden ist. Es würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen, wollten wir diese Frage nach der juristischen Natur der offenen Handelsgesellschaften einer erschöpfenden Erörterung unterziehen. Wohl aber wird es, um für unser Thema die erforderlichen Schlußfolgerungen ziehen zu können, erforderlich sein, zu dieser sehr umstrittenen Frage wenigstens Stellung zu nehmen und dabei die darüber aufgestellten Theorieen zu streifen. Drei Ansichten sind es insbesondere, welche in dieser Beziehung zur Geltung gekommen sind.

Die einen fassen die offenen Handelsgesellschaften als juristische Personen auf und legen ihnen in Folge dessen im Wesentlichen die den letzteren zukommenden Rechte bei.

Die zweite Gruppe betrachtet als die Berechtigten und Verpflichteten die einzelnen Gesellschafter, von denen die von

der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter in den geschäftsführenden Gesellschaftern ihre Vertreter haben.

Die letzte Gruppe geht ebenfalls davon aus, daß die Gesellschafter die Berechtigten und Verpflichteten sind, sieht aber alle Gesellschafter, gleichviel ob geschäftsführende oder von der Vertretung ausgeschlossene, in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft als Streitgenossen an.

Auf dem ersten Standpunkt stehen insbesondere Puchelt, C.-P.-O., B. I, S. 242, Anm. 5 zu § 57 von Sarwey, C.-P.-O., I, § 435, S. 611, von Bülow, C.-P.-O., S. 338, Anm. 1 zu § 435, Gaupp, C.-P.-O., I, S. 111, Vorbemerkung zu § 50, Petersen, C.-P.-O., S. 662 Anm. 5 zu § 436, Reinecke, die deutsche C.-P.-O., S. 410 ff. zu zu § 435, Eccius in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, B. 32, S. 1 ff.

Die zweite Ansicht vertreten Hahn, Comm. z. H.-G.-B. Art. 117, § 3, Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I, S. 526, Makower, H.-G.-B., S. 138, Anm. 49, Struckmann und Koch, C.-P.-O., S. 477, Anm. 1 zu § 435, Wilmowsky und Lewy, C.-P.-O., S. 600, welcher jedoch in der neuesten Auflage S. 105, Anm. 1 zu § 56 zu der ersteren Ansicht hinzuneigen scheint, Seuffert, C.-P.-O., S. 514, Anm. 5 zu § 434.

Dieser Ansicht hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht angeschlossen.

Den letzterwähnten Grundsatz vertreten insbesondere Wach, Handbuch der C.-P.-O., S. 531 und bei Busch, B. 9, S. 433, Thöl, H.-R. I, S. 329, Keyßner, Zeitschrift für Handelsrecht, B. 10, S. 374, B. 11, S. 351 und Andere.

Es leuchtet unsrer Ansicht nach auf den ersten Blick ein, daß in der zweiten — auch vom Oberhandelsgericht und dem Reichsgericht vertretenen — Ansicht eine Inconsequenz liegt. Denn sind bei Prozessen der offenen Handelsgesell-

schaft alle einzelnen Gesellschafter die Berechtigten und Verpflichteten, dann müßten alle als die Subjekte des Prozesses angesehen werden. Subjekt des Prozesses aber zu sein und gleichwohl in keiner Weise auf den Prozeß einwirken, keine Prozeßhandlungen vornehmen zu dürfen, — was bei den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern der Fall ist — dünkt uns ein Widerspruch zu sein. Und je mehr die Praxis sich entwickelt und neue Fragen in dieser Beziehung auf die Tagesordnung bringt, desto mehr werden die Anhänger dieser zweiten Gruppe in die Enge getrieben und zu Widersprüchen mit ihrer eignen Theorie hingedrängt. So seien beispielsweise folgende Fragen hervorgehoben, welche zur Entscheidung des Reichsgerichts gelangt sind: Kann ein Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft als Nebenintervenient auftreten? (Entsch. des R.-G., B. 5, S. 69). Können mehrere Personen mehrere Handelsgesellschaften begründen? (Entsch. des R.-G., B. 16, S. 17). Ist eine Compensation zwischen Gesellschaftsforderung und Gesellschafterschuld zulässig? (Entsch. des R.-G., B. 10, S. 470). Welche Bedeutung hat die Uebertragung eines Gesellschaftsantheils? (Entsch. des R.-G., B. 18, S. 43). Begründet ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urtheil den Einwand der res judicata im Prozeß gegen den Gesellschafter? (Entsch. des R.-G., B. 13, S. 97). Muß der den Vertretern der Gesellschaft auferlegte Eid auch von dem während des Prozesses ausgeschiedenen Gesellschafter geschworen werden? (Entsch. des R.-G., B. 14, S. 20) und dergl. mehr. Die Beantwortung aller dieser Fragen, wie sie vom Reichsgericht erfolgt ist, ist mehr oder weniger überall unvereinbar mit der vom Reichsgericht aufgestellten Theorie. Die Begründung dieser Entscheidungen läßt zumeist erkennen, daß sich der höchste Gerichtshof des Widerspruchs, in welchen er dabei mit dem von ihm angenommenen Axiom gerathen, bewußt gewesen ist. So heißt es in der Entscheidung B. 18, S. 43:

> Bei offenen Handelsgesellschaften ist, wenn man diese Gesellschaften nicht als juristische Personen auffaßt, vielmehr die Gesellschafter als Subjekte des Gesellschaftsvermögens ansieht, die rechtliche Qualificirung des begrifflichen Inhalts des Vermögensantheils des Gesellschafters nicht ohne Schwierigkeit;

und in der Entscheidung B. 9, S. 144:

> Wenn man auch nothgedrungen, weil ein anderes Subjekt nicht da ist, den einzelnen Gesellschafter als Miteigenthümer des Gesellschaftsvermögens ansehen muß, so ist dies doch ein unfruchtbarer Begriff, aus welchem keinerlei Rechtsfolge deducirt werden kann.

In anderen Entscheidungen nähert sich das Reichsgericht der Auffassung der ersten Gruppe, daß nämlich die offene Handelsgesellschaft doch wenigstens mit der juristischen Persönlichkeit eine gewisse Verwandtschaft hat. So werden in der Entscheidung, B. 14, S. 20, die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter gesetzliche Vertreter der Gesellschaft genannt; und in der Entscheidnng, B. 16, S. 17 heißt es:

> Die Personen, welche eine offene Handelsgesellschaft gründen, schaffen unter Ausscheidung eines Theiles ihres Vermögens, wenn auch keine juristische Person, so doch ein Rechtssubjekt mit selbständigem Vermögen.

Ebenso wird schließlich in der Entscheidung, B. 25, S. 256, anerkannt, daß die Gesellschaft selbst Subjekt und Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens ist und daß daneben ein Eigenthum der einzelnen Gesellschafter an den körperlichen Sachen der Gesellschaft und ein Gläubigerrecht derselben an deren Forderungen weder in der Form eines nach Quoten getheilten Miteigenthums noch auch in der Form eines nach Quoten getheilten Antheilsrechts am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens besteht.

Diese Beispiele und diese Aussprüche des Reichsgerichts

dürften genügen, um daraus zu erkennen, daß mit der vom früheren Reichsoberhandelsgericht und vom Reichsgericht aufgestellten Theorie, wonach die einzelnen Gesellschafter die Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens sind, welche wiederum von den von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschaftern vertreten werden, nicht auszukommen ist.

Die dritte insbesondere von Wach vertretene Gruppe vermeidet zwar die oben gerügte Inconsequenz. Sie steht auch auf dem Standpunkt, daß die einzelnen Gesellschafter die Subjekte des Rechtsstreits sind, zieht aber daraus die durchaus richtige Folgerung, daß dann auch die einzelnen Gesellschafter, gleichviel ob sie die Gesellschaft vertreten oder von der Vertretung ausgeschlossen sind, im Prozesse als Streitgenossen zu behandeln seien[27]). Indeß trotzdem kann auch diese juristische Construktion nicht befriedigen. Denn wie kommen, so fragt man sich vergeblich, die von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafter, welche mit dem Prozesse nichts zu thun haben, welche nach Außen hin für die Gesellschaft keinerlei Rechtshandlungen mit rechtlicher Wirksamkeit vornehmen dürfen (Art. 115 des H.-G.-B.) dazu, für die Gesellschaft Prozeßhandlungen — denn die Streitgenossen sind nach §§ 56 ff. der C.-P.-O. zur Vornahme jeder Prozeßhandlung befugt — in rechtsverbindlicher Weise vorzunehmen? Ebenso würden aber auch eine Reihe anderer Fragen ungelöste und unlösbare Räthsel, bezw. ihre von der allgemeinen Meinung als richtig anerkannte Beantwortung geradezu unerklärlich sein, wenn man an dieser Theorie festhalten wollte; es sei in dieser Beziehung beispielsweise nur an den Fall erinnert, wenn während des Prozesses ein Gesellschafter ausscheidet, oder ein neuer Gesellschafter eintritt; bleibt der Aus-

27) Uebrigens beantwortet Wach bei Busch, Bd. 9, S. 433 die Frage nur vom Standpunkt der 2. Gruppe, läßt aber die Frage, welcher Standpunkt der richtige sei, der der ersten oder der der zweiten Gruppe, unerörtert.

scheidende Streitgenosse? wird der neu Eintretende Streitgenosse?[28])

So bleibt denn also nur der Standpunkt der ersten Gruppe übrig; und mit Recht bemerkt Wilmowsky und Lewy[29]), daß die Entwicklung des Rechts nach dieser Theorie hindrängt. In der That kann diese neuerdings namentlich von Eccius verfochtene juristische Construktion der offenen Handelsgesellschaften nur als die einzig richtige und befriedigende bezeichnet werden. Faßt man die offenen Handelsgesellschaften von diesem Gesichtspunkt aus auf, dann lösen sich alle jene Fragen, deren Beantwortung mit den übrigen aufgestellten Theorien schwer oder gar nicht vereinbar war, von selbst. Man stoße sich nicht an der Bezeichnung „juristische Person". Der Name thut nichts zur Sache; man construire sich allenfalls mit Brinz ein „Zweckvermögen" oder fasse die Vermögensmasse selbst als Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten auf; das charakteristische Scheidungsmerkmal ist und bleibt jedenfalls — und dies leuchtet auch schon bei einigen der von uns oben zitirten Reichsgerichtsentscheidungen durch — die Sonderhaftung des Gesellschaftsvermögens für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft[30]). Dies giebt der offnen Handelsgesellschaft das Gepräge einer juristischen Persönlichkeit.

Von diesem Standpunkt ergiebt sich ganz von selbst für unsre Frage folgendes Resultat: Die einzelnen Gesellschafter sind im Prozesse der offnen Handelsgesellschaft oder gegen die offne Handelsgesellschaft nicht Partei, sondern Dritte; sie können daher nicht blos als Intervenienten sich am Prozesse betheiligen, sondern sie können auch als Zeugen vernommen werden. Nur diejenigen Gesellschafter, welche die Gesellschaft zu vertreten berufen sind, sind die gesetzlichen Vertreter der

---

28) Vgl. Eccius bei Gruchot, Bd. 30, S. 462 ff.

29) Wilmowsky und Lewy, S. 105, Anm. 1 zu § 56.

30) Eccius in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 32, S. 12.

an sich prozeßunfähigen Gesellschaft, gelten daher als Partei und sind in Folge dessen unfähig als Zeugen vernommen zu werden.

Den zu= oder zurückgeschobenen Eid haben für die Gesellschaft diejenigen vertretungsberechtigten Gesellschafter zu schwören, welche zur Zeit, wo die Eidesleistung erfolgen soll, die Gesellschaft vertreten. Die §§ 433, 435 und 436 der C.=P.=.O. finden bei der offnen Gesellschaft Anwendung, nicht aber der § 434 der C.=P.=O. Der während des Prozesses aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter ist daher gemäß § 433 der C.=P.=O. von der Eidesleistung befreit; er wird Dritter im Sinne des § 414 der C.=P.=O. — vorausgesetzt, daß er zur Vertretung der Gesellschaft berufen war; denn anderenfalls war er schon vorher Dritter. Der neu eintretende Gesellschafter wird, wenn er mit der Vertretung der Gesellschaft betraut wird, dadurch eo ipso gesetzlicher Vertreter und somit der Partei gleichgestellt.

Bei eintretender Liquidation wird das Verhältniß nicht geändert. „Selbst im Falle der Liquidation, sagt das Reichsgericht in der Entscheidung B. 25, S. 256, bleibt die in Liquidation befindliche Gesellschaft als solche Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens, bis mit Beendigung der Liquidation das Gesellschaftsvermögen anderweite rechtliche Bestimmung erhalten hat.“ Wenn auch nach Art. 131 des H.=G.=B. die Liquidation erst eintritt nach Auflösung der Gesellschaft, so kann man daraus nicht den Schluß ziehen, daß, da nun keine Gesellschaft mehr existire, diese nicht Trägerin des Gesellschaftsvermögens sein könne; denn, wie die Motive zum Handelsgesetzbuche sich ausdrücken, die Fortdauer der Gesellschaft wird fingirt; und dieser Auffassung entspricht es vollständig, wenn es in Art. 137 des H.=G.=B. heißt: die Liquidatoren haben die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Die Liquidatoren sind sonach die gesetzlichen Vertreter der liquidirenden Gesellschaft, ihnen müssen die Eide zugeschoben, von ihnen müssen sie geleistet werden. Die Gesellschafter als

solche sind im Prozesse der liquidirenden Handelsgesellschafter nicht Partei, sie sind dritte Personen und können als Zeugen vernommen werden, soweit sie nicht etwa mit zu den Liquidatoren gehören. Die gegentheilige Auffassung, wie sie in den Entscheidungen des Reichsgerichts, B. 17, S. 366, jur. Wochenschrift, Jahrgang 1884, S. 171, Jahrgang 1890, S. 47, Gruchot, B. 31, S. 446 zum Ausdruck gekommen und auch in Wilmowsky und Lewy, Anm. 1 zu § 56, S. 105 ihre Vertreter gefunden hat, kann sonach nicht als richtig anerkannt werden. In diesen Entscheidungen hält das Reichsgericht daran fest, daß die einzelnen Gesellschafter als solche Subjekte des Rechtsstreits sind. Sie sind in Folge dessen unfähig als Zeugen vernommen zu werden. Anderentheils sind die Gesellschafter aber, soweit sie nicht zu den Liquidatoren gehören, nicht in der Lage, Parteieneide zu leisten; denn sie selbst haben mit dem Prozesse, der durch die Liquidatoren als die gesetzlich berufenen Organe geführt wird, nichts zu thun und können insbesondere keinerlei Prozeßhandlungen mit rechtlicher Wirksamkeit vornehmen. Es gäbe also, wenn diese Ansicht des Reichsgerichts richtig wäre, in der That eidesfähige Personen, welche entgegen unserer an die Spitze gestellten These weder als Zeugen vernommen werden, noch Parteieneide leisten dürfen (vgl. auch unten Anm. 35).

Nicht anders gestaltet sich die Sache, wenn die offene Handelsgesellschaft während des Prozesses sich auflöst, ohne eine Liquidation eintreten zu lassen, z. B. wenn ein einzelner Gesellschafter in Folge des Ausscheidens übrig bleibt, oder wenn ein Dritter in die Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft eintritt.

Wenn auf diese Weise die Gesellschaft sich auflöst, ohne in die Liquidation einzutreten, so wird dadurch, wie das Kammergericht[31]) sagt, nur die produktive Seite der Gesell-

31) Auch das Kammergericht (Johow, Bd. 9, S. 142, Bd. 11,

schaft erledigt; was im Falle der Liquidation gilt, trifft auch hier zu: die Gesellschaft selbst bleibt trotzdem bestehen, bezw. wird als fortbestehend gedacht, bis die endgiltige Auseinandersetzung und Vertheilung ihres Vermögens erfolgt ist. Man kann nicht sagen, daß im Falle des Ausscheidens aller übrigen Gesellschafter und der in Folge dessen sich vollziehenden Auflösung der Gesellschaft der allein übrig bleibende Gesellschafter nun ohne Weiteres an Stelle der Gesellschaft träte. Denn es wäre nicht erfindlich, wie und durch welchen Akt sich ein solcher Uebergang vollziehen sollte, und so wenig der einzelne Gesellschafter während des Bestehens der offenen Gesellschaft Miteigenthümer des Gesellschaftsvermögens war, so wenig kann er, wenn er beim Ausscheiden der übrigen Gesellschafter allein übrig bleibt, nunmehr eo ipso Alleineigenthümer des Gesellschaftsvermögens sein[32]). Daraus folgt, daß, wenn sich die Gesellschaft, ohne in Liquidation zu treten, auflöst dadurch, daß alle bis auf einen ausscheiden, dieser eine nicht für seine Person, sondern als gesetzlicher Vertreter der als fortbestehend gedachten Gesellschaft den Prozeß fortzuführen hat; er gilt als Partei.

Löst sich die Gesellschaft auf und ein Dritter, der bisher nicht Gesellschafter war, übernimmt das Gesellschaftsvermögen mit Aktivis und Passivis, so kann dieser Dritte natürlich nicht als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, deren Fortbestehen auch hier fingirt werden muß, angesehen werden. Ist der Gegner nicht einverstanden, daß dieser den Prozeß an Stelle der Rechtsvorgängerin als Hauptpartei übernimmt (§ 236 der C.-P.-O.), dann müssen die Gesellschafter, welche die Gesellschaft zuletzt vertreten haben, noch weiter als gesetzliche Vertreter der noch als fortbestehend gedachten Gesell-

---

S. 124) faßt die offene Handelsgesellschaft, wenn auch nicht als juristische Person, so doch als ein selbständiges von den sie bildenden Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt auf.

32) Entsch. d. Kammergerichts, Johow, Bd. 11, S. 124.

schaft betrachtet werden; sie gelten also in diesem Falle, obwohl sie nicht mehr Gesellschafter sind, als Partei[33]).

Eine Unterbrechung des Verfahrens findet hier nirgends statt. Das Oberlandesgericht Cassel hat in der Entscheidung vom 12. Juni 1888 (Busch, B. 13, S. 379) in analoger Anwendung des § 219 der C.-P.-O. eine solche Unterbrechung des Verfahrens angenommen und den Prozeß durch den übrig gebliebenen Gesellschafter als aufgenommen erklärt. Unseres Erachtens zu Unrecht. Denn nach der von uns vertretenen Ansicht steht die offene Gesellschaft auch nach ihrer Auflösung keinen Augenblick unvertheidigt gegenüber[34]), für Anwendung des § 219 der C.-P.-O. ist daher kein Raum. Wenn das Oberlandesgericht Cassel davon ausgeht, daß als Träger aller Verbindlichkeiten der früheren offenen Handelsgesellschaft jeder der früheren Gesellschafter zu erachten, daß jeder Gesellschafter durch die zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft bestehenden Verbindlichkeiten als persönlicher Schuldner belastet werde und daß die Verbindlichkeiten solidarisch so auf ihm lasten, wie sie für die Handelsgesellschaft bestanden, so ist dies insofern richtig, als jeder einzelne Gesellschafter neben der Gesellschaft, — sei es, daß sie besteht oder als fortbestehend gedacht wird, — solidarisch in dieser Weise haftet. Der Gläubiger war von vornherein befugt, neben der Gesellschaft auch den einzelnen Gesellschafter zu verklagen. Wenn er von diesem ihm zustehenden Rechte nach Auflösung der Gesellschaft Gebrauch macht, so setzt er damit nicht den gegen die aufgelöste Gesellschaft angestrengten Prozeß fort, sondern er strengt einen ganz neuen Prozeß

33) Auf diesem Standpunkt dürfte auch das Kammergericht stehen, wenn es verlangt, der ausgeschiedene Gesellschafter solle als Vertreter der durch sein Ausscheiden aufgelösten Gesellschaft dem übrig gebliebenen Gesellschafter das zum Gesellschaftsvermögen gehörige Grundstück auflassen (Johow, Bd. 11, S. 124).

34) Dies zu verhüten ist Zweck und Grundgedanke der Bestimmung des § 219 der C.-P.-O., Hahn, Motive, S. 249.

an, welchen er ebenso auch schon vorher gegen den einzelnen Gesellschafter anzustrengen in der Lage war.

Es muß daher der Ansicht des Reichsgerichts (jur. Wochenschrift pro 1890, S. 47) beigepflichtet werden, daß bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft der Prozeß ohne Unterbrechung seinen Fortgang nehmen kann[35]).

VIII.

Endlich sind hier in Betracht zu ziehen die Fälle, in welchen von einer eigentlichen gesetzlichen Vertretung im Sinne der Civilprozeßordnung nicht die Rede ist, wo aber doch bestimmte Personen für andere im Prozesse aufzutreten berechtigt und verpflichtet sind.

Dazu gehören insbesondere:

A. der Konkursverwalter.

Es fragt sich hierbei namentlich: welche Stellung nimmt der Gemeinschuldner, welche der Konkursverwalter im Prozesse ein? Diese Frage hängt untrennbar mit der weder vom Gesetz noch in den Motiven beantworteten, der Wissenschaft überlassenen Frage zusammen, als wessen Vertreter der Konkursverwalter anzusehen ist. Es ist hier nicht der Ort, diese Frage einer eingehenden Erörterung zu unterziehen. Wir müssen uns auch hier darauf beschränken, unsere Stellung ihr gegenüber zu fixiren. Sie entspricht im Wesentlichen dem vom Reichsgericht in den Entscheidungen B. 8, S. 413 und B. 29, S. 30 ff., sowie von Eccius (Förster-Eccius B. I, S. 788 und bei Gruchot B. 33, S. 731) vertretenen Standpunkt.

1. Der Gemeinschuldner ist nicht Partei. Die entgegengesetzte Auffassung wird von Petersen (Busch Z. f. C., B. 9, S. 60) verfochten. Indeß wenn auch der Gemeinschuldner trotz des Konkurses Eigenthümer des zur

35) Andrer Ansicht sind Wilmowsky und Levy, Anm. 3 zu § 219, S. 388 und Staub, H.-G.-B., Art. 111, § 6.

Konkursmasse gehörigen Vermögens ist und bleibt, so ist dies für seine Parteieigenschaft nicht entscheidend. Ihm wird die Klage nicht zugestellt, er hat keinerlei Einwirkung auf den Prozeß, er kann in Bezug auf die Vermögensmasse Rechtshandlungen, also auch Prozeßhandlungen nicht mit rechtsverbindlicher Kraft vornehmen; er verfolgt keinen Anspruch für sich, oder lehnt keine Verpflichtung von sich ab, sondern der Konkursverwalter verfolgt sie und lehnt sie ab, zum Zwecke der Versilberung der Masse[36]). Unter diesen Umständen dem Gemeinschuldner Parteieigenschaft zuerkennen zu wollen, hieße, den Begriff der „Partei", wie er von uns oben entwickelt worden ist, vollständig über den Haufen werfen.

Daß dies auch die Auffassung der Redaktoren der Konkursordnung gewesen ist, geht unzweifelhaft aus den Motiven hervor. So heißt es in den Motiven zu §§ 8 und 9 der C.-P.-O. (Hahn S. 68): Er (der Gemeinschuldner) hat aufgehört, Partei zu sein; er kann mit verbindlicher Kraft für die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter weder ein Geständniß ablegen, noch einen Parteieid annehmen noch denselben zurückschieben oder ableisten; und ebenso sagen die Motive S. 384 (Hahn S. 344), daß der Gemeinschuldner in diesen Prozessen „keine Parteirolle habe". Hiernach ist der Gemeinschuldner in den die Konkursmasse betreffenden Prozessen als Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O. anzusehen; er ist zwar,

36) Eine gewisse Aehnlichkeit mit der Stellung des Konkursverwalters hat, wie auch Eccius bei Gruchot, Bd. 33, S. 734, anerkennt, das Verhältniß der Liquidatoren bei der offenen Handelsgesellschaft. Auch sie sind gesetzlich dazu berufen, eine Vermögensmasse zu versilbern und zu verwerthen. Uns will es daher als eine Inconsequenz erscheinen, wenn das Reichsgericht den Gemeinschuldner zwar als Dritten auffaßt und ihn für fähig hält, als Zeuge vernommen zu werden, den Gesellschaftern aber die Fähigkeit, als Zeugen vernommen zu werden, abspricht. Vgl. oben VII.

da er immerhin Eigenthümer der zum Konkurs gehörigen Masse bleibt, unmittelbar bei dem Ausgange des Rechtsstreits betheiligt, aber gleichwohl fähig als Zeuge vernommen zu werden.

2. Der Konkursverwalter ist nicht gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, wenigstens nicht in dem Sinne, wie die Civilprozeßordnung die gesetzliche Vertretung auffaßt. Der Cridar ist nicht unfähig Prozesse zu führen, sondern nur nicht befugt, über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu disponiren und zu prozessiren. Allerdings ist der Gemeinschuldner kraft gesetzlicher Bestimmung verpflichtet, die Handlungen des Konkursverwalters gegen sich gelten zu lassen und insofern könnte man auch von einer gesetzlichen Vertretung, wenigstens im uneigentlichen Sinne sprechen; in anderen Beziehungen aber wiederum kann der Konkursverwalter nicht als Vertreter des Gemeinschuldners gelten, so z. B. in den Anfechtungsprozessen, in denen dem Gemeinschuldner die Berechtigung fehlen würde, die Nichtigkeit seiner eigenen Rechtshandlungen anzufechten.

Kommt man sonach mit den Vertretungstheorien nicht aus, so kann der Konkursverwalter wie das Reichsgericht (Entsch. B. 29, S. 36) sagt, nur angesehen werden als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt, und sonach nicht in stellvertretender Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners, sondern in Erfüllung der ihm gesetzlich obliegenden Verpflichtungen handelt. Eine solche Verwaltung fremder Angelegenheiten in der Weise, daß dabei die Verfügung und Willenseinwirkung dessen, dem die Angelegenheit rechtlich zusteht, ausgeschlossen ist und daß hinsichtlich der Verwaltung bezw. auch hinsichtlich der Verfügung über die Sache der Wille des die fremden

Angelegenheiten Verwaltenden maßgebend sein soll, läßt die Rechtsstellung eines solchen Verwalters als mit besonderer Parteifähigkeit ausgerüstet erscheinen [37]). Der Konkursverwalter gilt daher als Partei selbst. Dies erkennen auch die Motive zur Konkursordnung an, wenn sie (vgl. Hahn S. 67) sagen: Nur der Konkursverwalter kann die Prozesse für oder gegen die Aktivmasse führen, und nur er kann, wenn solche Prozesse schon anhängig sind, als Partei in dieselben eintreten.

Daraus folgt, daß der Konkursverwalter die im Prozesse zu- und zurückgeschobenen Eide zu leisten hat, daß er aber andrerseits unfähig ist, als Zeuge in diesem Prozesse vernommen zu werden.

3. Der Konkursverwalter ist nicht gesetzlicher Vertreter der Gläubiger oder der Gläubigerschaft, ebensowenig aber ihr Rechtsnachfolger. Er hat zwar die Interessen der Gläubiger kraft des ihm auferlegten Amtes wahrzunehmen und die Gläubiger andererseits haben einen gewissen Einfluß auf die Amtsführung des Konkursverwalters. Nichtsdesto weniger handelt der Konkursverwalter nicht an Stelle der Gläubiger; er ist und bleibt selbständig und führt die Prozesse nicht in Vertretung der Gläubiger, sondern als das vom Gesetz zur Durchführung der Zwecke des Konkurses berufene Organ. Die Gläubiger sind daher dritte Personen im Sinne des § 414 der C.-P.-O.; sie können als Zeugen vernommen werden, sind aber unfähig Parteieneide zu leisten, wofern sie nicht etwa im Prozesse als Nebenintervenienten aufgetreten und als Streitgenossen zu behandeln sind.

4. Der Konkursverwalter ist nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners (Motive zur Konkursordnung S. 67 bei Hahn). Trotzdem wird man nicht mit Petersen

---

37) Eccius bei Gruchot, Bd. 33, S. 736.

(Busch, Z. f. d. C., B. 9, S. 62) annehmen können, daß dem Konkursverwalter nicht über Handlungen oder Wahrnehmungen des Gemeinschuldners der Eid zugeschoben werden dürfe. Allerdings schreibt der § 410 der C.-P.-O. vor: Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen. Indeß einestheils ist, wie wir oben gesehen haben, der Konkursverwalter in gewissem Sinne Vertreter des Gemeinschuldners; anderentheils wird man den Begriff des Rechtsvorgängers auch nicht im engsten Sinne aufzufassen haben; insofern der Konkursverwalter an die Stelle des Gemeinschuldners tritt, welcher gesetzlich nicht mehr befugt ist, über die Vermögensmasse zu disponiren, kann man ihn immerhin als Rechtsnachfolger wenigstens im Sinne der Vorschrift des § 410 der C.-P.-O. bezeichnen. Dernburg (II, § 115, Anm. 16, S. 283) nimmt sogar auch bei den Anfechtungsklagen an, daß man dem Verwalter Eide über Handlungen des Gemeinschuldners zumuthen dürfe, „da er immerhin die Funktion des Vertreters des Schuldners hat, wenn er auch nicht in dieser Eigenschaft klagt."

Dieser Satz, daß eine Succession nicht eintritt, ist nicht unwichtig. Die Folgen zeigen sich ganz besonders gerade hinsichtlich der Eidesleistung. Denn während der Cridar einen ihm vor Eröffnung des Konkurses rechtskräftig auferlegten Eid nach Uebernahme des Rechtsstreits durch den Konkursverwalter nicht ableisten darf, tritt er, wenn der Konkurs vor Ableistung des Eides wieder aufgehoben wird, ipso jure wieder an die Stelle des Konkursverwalters, sodaß ihm ohne Weiteres jener Eid abgenommen werden kann. (Entsch. d. O.-L.-G. Nürberg v. 7. Dez. 1883, Busch, Z. f. d. C., B. 9, S. 496.)

B. Dieselben Grundsätze wie beim Konkurse gelten bei der Gleichartigkeit der Verhältnisse auch bei der Zwangs-

verwaltung. Der Zwangsverwalter nimmt in Bezug auf den ihm übertragenen Rechts- und Pflichten-Kreis im Wesentlichen dieselbe Stellung ein wie der Konkursverwalter. Er ist daher Partei, der Eigenthümer des verwalteten Vermögensstücks dagegen Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O.

C. Eine gewisse Aehnlichkeit bietet endlich das Rechtsverhältniß des Testamentsvollstreckers. Dieser leitet seine Befugnisse allerdings nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus dem Willen des Erblassers ab; das Testament ist seine Instruktion. Eigenthümer der von ihm verwalteten Vermögensmasse sind die Erben. Indem der Testamentsvollstrecker den letzten Willen bezüglich der Nachlaßmasse zur Ausführung bringt, handelt er zwar im Interesse der Erben, gleichwohl ist er nicht Vertreter der Erben, am allerwenigsten gesetzlicher Vertreter derseben. Sein Wille ist maßgebend und entscheidend; ihm gegenüber ist der Wille der Erben wirkungslos [38]). Daraus ergiebt sich: Der Testamentsvollstrecker ist Partei, er hat Eide zuzuschieben, zurückzuschieben, zu leisten, seine Vernehmung als Zeuge ist nicht angängig.

Die Erben andrerseits, in deren Interesse der Prozeß geführt wird, sind natürlich am Ausgange des Prozesses unmittelbar betheiligt (§ 358 Nr. 4 der C.-P.-O.). Sie können aber, da sie nicht Parteien sind, als Zeugen vernommen werden, während eine Eideszuschiebung an sie nicht zulässig erscheint. Sie sind, wenn auch die eigentlich Interessirten, so doch immerhin Dritte im Sinne des § 414 der C.-P.-O.

IX.

Ueberblicken wir das hiernach gewonnene Resultat, so gelangen wir zu folgenden Sätzen:

38) Eccius bei Gruchot, Bd. 33, S. 734.

Dritter im Sinne des § 414 der C.-P.-O. ist jeder, welcher nicht Partei ist. Der Partei gleichgestellt sind die gesetzlichen Vertreter, sowie die, welche kraft gesetzlicher Vorschrift berufen sind, mit einer die Willenseinwirkung des eigentlich Berechtigten ausschließenden Selbständigkeit in dessen Angelegenheiten vor Gericht aufzutreten.

Parteieneide können nur von den Parteien und den ihnen hiernach gleichgestellten Personen geleistet werden. Jeder Dritte kann als Zeuge vernommen werden. Da aber die Parteien und die ihnen gleichgestellten Personen einerseits und die dritten Personen andererseits sich einander ausschließen und nicht bloß conträre sondern auch contradiktorische Gegensätze bilden, so muß jede an sich eidesfähige Person entweder den Zeugen- oder den Parteien-Eid zu leisten fähig und befugt sein.

IV.

Armenrecht und Offenbarungseid.

Von
Herrn Dr. jur. Krückmann
in Göttingen.

Die Bestimmungen der C.-P.-O. über das Armenrecht verfolgen einen lobenswerthen Zweck mit theilweise zu schneidigen Mitteln. Gewiß würde ihr Fehlen ein Unrecht gegen die Schwächsten sein und eine natürliche Bevorzugung der Starken; aber auch hier drängt sich die schon wiederholt gemachte Wahrnehmung auf, daß das Recht der Schwachen gegen die Starken zum Unrecht gegen die minder Schwachen und zugleich minder Starken wird oder doch leicht werden kann. Durch unsere sozialpolitische Gesetzgebung zieht sich wie ein rother Faden die Verallgemeinerung, in welcher der Gesetzgeber nur zu leicht zu Gunsten der Schwachen das Dasein einer ebenfalls schutzwürdigen Uebergangsstufe zwischen ihnen und den Starken ignoriert. Diese Mittelstufe, von Hause aus wohl im Stande, sich allein zu helfen, kann sich jedoch gegen die der Unterstufe in die Hand gegebenen sozialen Waffen nicht genügend vertheidigen, ihr Nothstand ist erst durch die soziale Gesetzgebung selber geschaffen worden. Einen Beweis hiefür liefert das Armenrecht im Civilprozeß.

Scheinbar hat § 106 der C.-P.-O. alles vorgesehen, da er fordert, daß die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheinen soll und doch genügen diese Bestimmungen wenigstens für

den Prozeß beim Amtsgerichte nicht. Hier sind die Parteien in den weitaus meisten Fällen sogenannte kleine Leute und können es nach der Zuständigkeit des Amtsgerichtes auch nicht anders sein. Die Gegner der armen Partei gehören durchschnittlich — und diese Erfahrung dürfte sich bei jedem Amtsgericht bestätigen — nicht zu den kapitalkräftigen Klassen. Einzig in Miethsstreitigkeiten mögen großstädtische Verhältnisse eine Ausnahme bewirken, die jedoch in den meisten Fällen durch das zweifellose formale Recht des Kapitalisten ihre Bedeutung verliert. Für die Hauptmasse der amtsgerichtlichen Armenprozesse gilt, daß durch das Armenrecht des Gegners Bevölkerungsklassen getroffen werden, denen zu Gunsten der Armen besondere Ausgaben nicht zugemuthet werden dürfen, die vor allen Dingen der Chikane des Gegners unerreichbar sein müssen.

Einmal ist Prozeßführen für denjenigen, der noch etwas zu verlieren hat, überhaupt kostspielig und unbequem, sodann hat die arme Partei ein selten versagendes Druckmittel zur Verfügung. *Die Entscheidung mag fallen, wie sie wolle, da von der armen Partei nichts zu holen ist, hat der Gegner die regelmäßig sehr beträchtlichen Anwaltskosten der Berufungsinstanz immer zu tragen.*

Der Streit kann sich in doppelter Weise entwickeln: Entweder die Parteien vergleichen sich vor dem Amtsgericht oder sie thun es nicht.

Dies Letztere kommt, wie mir langbeschäftigte Anwälte und Richter mittheilen konnten, nicht häufig vor, aber es ist doch hie und da beobachtet worden, daß die vor dem Landgerichte siegreiche Partei ihren Anwalt trotz ihres Sieges selber honorieren mußte. Der reiche Mann verschmerzt es, der kleine Gewerbs- und Handelsmann hat schwer daran zu tragen und empfindet es als ein Unrecht. Die Mißstimmung der unteren Kreise müssen wir einstweilen als Thatsache hin-

nehmen, aber dem Mittelstande dürfen wir keine Ursache zur Unzufriedenheit geben und eine nur einmalige unberechtigte Verletzung des Rechtsgefühls muß für uns so viel gelten, wie der Tod eines Kranken für den Arzt.

Herber noch und weit häufiger macht das Armenrecht sich fühlbar in jener Weise, daß die nicht arme Partei, um der Berufung zu entgehen, schon vor dem Amtsgerichte trotz gerechter Sache die Segel streichen muß. Die Anwaltskosten pflegen den Gegner der armen Partei regelmäßig derart zu schrecken, daß er schon in der ersten Instanz allen ihren Ansprüchen gefügig wird. Entweder — und dieser Fall ist nach Aussage gerade der ältesten von mir befragten Praktiker recht häufig — hat der Gegner zwar nicht eine klare Erkenntniß seiner Zwangslage, aber der Richter drängt gerade im Interesse des Gegners mit besonderem Nachdrucke zu einem Vergleich. Ein Amtsrichter mit langjähriger Erfahrung, von dem ich aus eigener Beobachtung weiß, daß er sich stets sehr aufopfernd um das Beste der Parteien bemühte, sagte mir, es sei richtig, in Fällen mit Armenrecht riethe man wegen der Berufung ganz besonders und mehr wie sonst zu einem Vergleiche, so daß man auch den Gegner zu größeren Opfern zu bewegen suchte, wie in anderen Fällen. Derartiges wäre gar nicht selten, wie dies auch von anderer Seite ausdrücklich mir bestätigt ist. Wenn auch die Parteien vielfach mehr durch die Auktorität des Richters als durch eine klare Erkenntniß ihrer üblen Lage zum Nachgeben bewogen werden, eine Verletzung ihres Rechtsgefühls unter solchen Umständen also weniger in Frage kommt, so bleibt doch immer jener Uebelstand unbezweifelt bestehen, daß kleine Leute lediglich durch das Armenrecht ihres Gegners zu Schaden kommen, denn ohne Armenrecht könnte ihr Gegner sie nicht in die Berufungsinstanz hineinzwingen.

Am schlimmsten aber wird die Sache, wo wir einer bewußten Ausnutzung des Armenrechtes durch die arme Partei

begegnen. Pochend auf ihr Armenrecht weist sie alle billigen Vorschläge des Richters und des Gegners zurück und preßt denselben in aller Form Rechtens aus vor den Augen des Richters, der mit gebundenen Händen diesem Schauspiel zusehen muß. Hier helfen alle gesetzlichen Schutzmaßregeln über Nichtbewilligung und Entziehung des Armenrechtes nicht. Der Fall, daß das Unrecht der armen Partei sonnenklar ist, kommt aus einem doppelten Grunde nicht in Betracht. Einmal ist er überhaupt sehr selten und wenn er schon vorkommt, wird der Partei das Armenrecht nicht bewilligt. Wir haben es nur mit der Regel zu thun, daß Recht und Unrecht noch der näheren Feststellung bedürfen. Für den Amtsrichter kann, wenn sonst die nöthigen Bescheinigungen zum Armenrecht beigebracht werden, die Bewilligung desselben nicht zweifelhaft sein. Dieselbe läßt sich in den seltensten Fällen durch eine nachträgliche Entziehung wieder gut machen. Einmal wirkt diese nur für die Instanz, ferner sind gerade diejenigen Fälle sehr häufig, in denen Recht und Unrecht einigermaßen vertheilt sind, so daß die Prozeßführung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint, schließlich kann die arme Partei durch Aufstellen immer neuer Behauptungen die Muthwilligkeit und Aussichtslosigkeit ihrer Prozeßführung verdecken. Eine Handhabe findet sich immer, so daß ein gewissenhafter Richter nach dem Grundsatz in dubio pro paupere schließlich jeder Lüge der armen Partei den § 106 der C.-P.-O. opfern muß.

Sehr bezeichnend ist in dieser Hinsicht der Beschluß des Amtsgerichtes zu B. in Holstein, erlassen in dem unten sub Nr. 4 berichteten Falle. Der Kläger war durch Urtheil vom 6. Februar mit seiner Klage auf versprochene Mäklergebühr abgewiesen, am 10. Februar wurde ihm auch das Armenrecht entzogen. Darauf kam er um Wiederbewilligung des Armenrechtes ein und am 14. März erging folgender

Beschluß: „In Sachen . . . . . wird, da die neueren Angaben des Klägers **allerdings in hohem Grade unwahrscheinlich** sind, zumal . . . . . (folgt Begründung), da jedoch eine direkte Widerlegung dieser Angaben jetzt nicht mehr möglich ist und falls das behauptete Versprechen seitens des Beklagten so bestimmt gelautet hätte, wie Kläger jetzt angibt, die Verfolgung nicht als eine muthwillige zu erachten wäre,

der Beschluß vom 10. Februar betr. Entziehung des dem Kläger gewährten Armenrechtes wieder aufgehoben".

Dieser Beschluß spricht ganze Bücher und wer will den Richter darüber tadeln? Ja, wer wird den Richter ferner tadeln, daß er auf meine Mittheilung, der Kläger wäre in die Berufung gegangen, sagte: Hätte ich das gewußt, dann hätte ich ihm das Armenrecht nicht wiedergegeben. War die Wiederbewilligung überhaupt berechtigt, so kam die Berufung nicht in Frage. Man sieht, wohin die Noth unsere Praxis führt.

In der zweiten Instanz steht die Sache noch schlimmer. Einer wirklich armen Partei das Armenrecht versagen, heißt hier sie gänzlich rechtlos machen. Vor dem Amtsgericht kann ein Armer im Nothfall ohne Armenrecht sich behelfen, in den Instanzen mit Anwaltszwang ist er jedoch ohne dasselbe verloren. Darum wird hier ganz naturgemäß der Richter viel mehr wie beim Amtsgerichte geneigt sein, das Armenrecht zu bewilligen. Hatte die Partei schon in erster Instanz das Armenrecht, so wird es ihr m. W. überall ohne Weiteres wieder bewilligt, das beneficium novorum hilft der Partei, sich unter dem Schutze des Armenrechtes auch in die zweite Instanz hineinzuschmuggeln, § 491 der C.-P.-O. bricht dem § 106 alle Spitze ab. Kommt schließlich das Gericht zu der Einsicht, daß die arme Partei unverschämt gelogen hat, so sind mittlerweile die Anwaltskosten für den Gegner schon längst da.

Wir sehen also, daß es mit dem Nichtbewilligen resp. Wiederentziehen des Armenrechtes ganz außerordentlich weite Wege hat und daß der Gegner einer gewissenlosen armen Partei von vornherein rettungslos verloren ist.

Aus meiner nur sechsmonatigen Praxis bei einer nicht übermäßig beschäftigten Civilabtheilung des Amtsgerichtes zu Rostock sind mir besonders drei Fälle erinnerlich, an denen sich die Mängel der C.-P.-O. so recht deutlich zeigten. Ich werde das Thatsächliche berichten, so gut ich es weiß und so weit es hierbei überhaupt auf Genauigkeit im Einzelnen ankommt.

Eine arme Wittwe, scheinbar der würdigste Gegenstand sozialen Mitleidens, gab ihr Schaf einem Bauern auf die Weide, ohne Schuld des Letzteren wurde das Thier krank und fiel. Gefallenes Vieh wird auf dem Lande regelmäßig verscharrt, obgleich sich noch Manches verwerthen läßt, und der Bauer verscharrte das Schaf. Die Wittwe, eine mit Straf- und Civilhändeln vielfach befaßte Person, klagte den ganzen Werth des Schafes ein und suchte auf Grund ihrer Darstellung des Sachverhaltes um Armenrecht nach. Es wurde ihr bewilligt. Der Beklagte ließ rechtsunkundig, wie er war, die Sache völlig an sich herankommen, erst im Verhandlungstermin brachten seine Erklärungen so viel Licht, daß die übertriebene Forderung der Klägerin zu Tage trat. Aus seiner durchaus glaubwürdigen, aber freilich unbewiesenen Darstellung ergab sich, daß er während der Krankheit des Schafes seine volle Schuldigkeit gethan hatte und höchstens im Einscharren des Kadavers zu voreilig gewesen war. Die Klägerin konnte allenfalls den Werth des Fells in der Höhe von etwa 3—5 Mk. ersetzt verlangen. Der Bauer war auf Vorstellung des Richters sofort bereit zu zahlen 3, 4, 5, 6 Mk., Klägerin bestand auf 15 Mk., dem vollen Werth des gesunden Schafes. Der Richter erklärte wiederholt, zu einer Zahlung von mehr als 6 Mk. gar nicht zurathen zu können, aber dem Bauern ging der Prozeß wider

seine Ehre, er wollte nicht, daß man von ihm sagen könnte, er hätte einer armen Wittwe das Ihrige vorenthalten. Er kam der zähe an ihrer Forderung festhaltenden Klägerin immer mehr entgegen bis zur ganzen geforderten Summe. Die Klägerin fühlte sich ihrer Sache sicher, weil sie den Gegner vor das Entweder-Oder der Berufung stellen konnte. Sie nützte die Situation, welche sie vollkommen beherrschte, rücksichtslos aus und der Bauer, ein wahrer Ehrenmann, hatte den Schaden.

Ein anderes Mal verklagte ein ländlicher Arbeiter seinen Dienstherrn, einen Bauern, auf rückständigen Lohn. Wie gewöhnlich äußerte sich auch hier der Beklagte erst im Verhandlungstermin. Die Klage schien prima facie berechtigt, ebenso waren für das Armenrecht die nöthigen Zeugnisse beigebracht. Zu der Verhandlung wurde der Kläger aus der Untersuchungshaft vorgeführt. Sein Dienstherr hatte ihn wegen wiederholter Diebstähle angezeigt und deßhalb auch den Lohn einbehalten. Die Untersuchung war zur Zeit der Verhandlung noch nicht abgeschlossen, die Schuld des später verurtheilten Klägers noch nicht erwiesen und der Beklagte hatte im Vertrauen auf seine gute Sache und in der gewöhnlichen Rechtsunkunde versäumt, unabhängig vom Mahnverfahren die nöthigen Beweismittel zu sammeln. Seine Kompensationseinrede war illiquide, von § 140 der C.-P.-O. wurde als nutzlos kein Gebrauch gemacht und die Berufung drohte mit allen Schrecknissen. Der Richter konnte nur zum Nachgeben rathen und der Bauer, welcher seine üble Lage erkannte, bezahlte, was der klagende Dieb forderte. Auf späteren Ersatz war gar nicht zu rechnen und der Beklagte, ein sehr ruhiger, tüchtiger Mann, nahm eine tiefe Verletzung seines Rechtsgefühls mit hinweg. Er klagte mir später sein Leid und da konnte ich sehen, wie sehr die Erfahrung mit unserem Rechte an ihm nagte.

Im dritten Falle wurde ein junger Kaufmann getroffen,

ein Anfänger. Er hatte eine Werkverdingung abgeschlossen und verweigerte wegen Nichtleistung des Versprochenen den Lohn. Sein Gegner klagte mit Armenrecht und beide Parteien hatten, da es sich um die verhältnißmäßig hohe Summe von 50—70 Mk. handelte, zur Verhandlung Anwälte mitgebracht. Hier stellte es sich heraus oder wurde doch sehr wahrscheinlich, wie maßlos Kläger das Gericht und seinen Anwalt belogen hatte. Der Prozeß ging weiter, da der in seinem Rechtsgefühl verletzte Beklagte erklärte, das Geld lieber seinem Anwalt als dem Gegner geben zu wollen. Was daraus geworden ist, weiß ich nicht, denn ich habe die Sache später nicht mehr verfolgt. Jedenfalls erhellt zur Genüge, daß lediglich das Armenrecht dem Kläger seinen Raubzug ermöglichte.

Gerade die beiden letzten Fälle wären so recht dazu angethan gewesen, nach § 112 der C.-P.-O. das Armenrecht zu entziehen — wenn nur alles bewiesen wäre. Nach § 112 der C.-P.-O. soll es sich ergeben, daß eine Voraussetzung ermangelt. Davon konnte aber bislang nicht die Rede sein, wenn auch in Anbetracht des theilweise bekannten Vorlebens der Kläger und ihres persönlichen Eindrucks ihre Sache denkbar schlecht erschien. Wo bleiben nicht Zweifelspunkte, denen ein gewissenhafter Richter den § 112 der C.-P.-O. opfert? Ferner wird, nachdem die Partei einmal ihr Armenrecht mißbraucht hat, durch die Entziehung für die Vergangenheit doch nichts erreicht, denn die arme Partei wird dadurch nicht reicher.

In einem vierten Fall ist ein mir befreundeter Landmann das Opfer eines Agenten F. in der Stadt R. geworden. Er hatte durch verschiedene Makler ein Gut gesucht und durch Vermittelung eines Lübecker Agenten ein solches auch erhalten. Darauf wurde er von F., mit dem er ebenfalls in Unterhandlungen gestanden hatte, auf 150 Mk. Provision verklagt mit der Begründung, daß er, der Agent, dem Be-

klagten das Gut, welches derselbe später wirklich übernahm, schon früher angestellt habe. Dies war richtig, insofern er den Namen des Gutes genannt hatte, half dem Kläger aber nicht weiter, da der Beklagte darauf nicht reagiert hatte, sondern erst durch die von der Verhandlung mit F. unabhängige, ausgiebige, vermittelnde Thätigkeit des Lübecker Agenten zu dem Gute gelangt war. F. klagte mit Armenrecht, wurde abgewiesen und in seiner Sache wurde auch der oben (S. 76) ausgeschriebene Beschluß erlassen. Kläger wurde auch in der Berufung abgewiesen und der Beklagte konnte nunmehr sehen, wie er zu seinen Kosten kam. Wie er mir schrieb, wollte er die Pfändung wenigstens versuchen, ob er Glück gehabt hat, weiß ich nicht. Ich vermuthe das Gegentheil, denn F. ist ein Mann, dem es auf einen Offenbarungseid mehr oder weniger nicht ankommt.

Der letzte Fall ergibt noch einen besonderen Beweis dafür, wie sehr das Armenrecht den Reellen und Tüchtigen zum Spielball in den Händen eines skrupellosen Gegners macht. Dem F. geht es in Wirklichkeit nicht schlecht, er tritt immer mit einer gewissen äußeren Eleganz auf, ist auch in guten Restaurants zu finden und macht den Eindruck eines wohlgenährten, gutsituierten Bürgers. Dieser Mensch vermag die Bescheinigung beizubringen, daß er bedürftig ist. Dies ist nur dadurch möglich, daß er die städtische Steuerbehörde, welche die betreffenden Bescheinigungen ausstellt, hintergeht. Also auch das Armenrecht selber hat er sich erschwindelt.

Der ärgste Mißbrauch mit dem Armenrecht, der sich denken läßt, ist folgender: Halsabschneider bedienen sich der Cession ihrer faulen Forderungen an „arme" Spießgesellen, um den Gegner gegen sein gutes Recht auszupressen. Der „arme" Cessionar drückt auf den Gegner und der Raub wird zwischen ihm und dem Cedenten geteilt. Auf diese Weise können durchaus wohlhabende Leute, sobald sie nur die

nöthige Gewissenlosigkeit besitzen, sich des Armenrechtes zum Schaden ihrer Mitbürger bedienen. Dieser Kniff ist denn auch schon längst zur Anwendung gekommen, wovon mir verschiedene Fälle glaubhaft berichtet sind, welche ich jedoch nicht selber beobachtet habe.

Mir stehen über die Großstädte, mit Ausnahme von Berlin, leider keine Erfahrungen zu Gebote. Jedoch kann in der Großstadt nur ein gewöhnlicher Vorgang sein, was schon in einer Provinzialstadt von annähernd 50 000 Einwohnern möglich ist. Es wäre merkwürdig, wenn das zahlreiche und häufig sehr kluge Juristenproletariat der Großstädte die im Armenrecht gegebene Lücke noch nicht herausgefunden hätte.

Lassen wir aus einem später zu erwähnenden Grunde die Erfahrungen in Berlin einstweilen noch bei Seite, so ergibt sich folgender Rundblick:

Die Nachtheile des Armenrechtes zeigen sich am seltensten darin, daß in der Berufung der Gegner die Anwaltskosten zu tragen hat. Diese Fälle kommen nicht häufig vor, denn regelmäßig erledigt sich der Armenprozeß schon vor dem Amtsgericht. Im Interesse des Gegners ist der Richter doppelt bemüht, einen Vergleich herbeizuführen und dieser kann natürlicher Weise nur auf Kosten des Gegners gehen, denn die arme Partei ist völlig Herr der Situation. Ihre Rücksichtslosigkeit resp. Ehrlichkeit ist denn auch allein maßgebend, wie groß die Opfer der anderen Partei sein sollen. Der größere Lump hat auch die besseren Aussichten, die redliche Armuth wird dem Gegner nicht gefährlich. Wo Armenprozesse überhaupt einigermaßen häufig sind, kehrt die Erfahrung, daß die nicht arme Partei trotz ihres guten Rechtes einen bald mehr bald weniger ungünstigen Vergleich schließen muß, verhältnißmäßig häufig wieder. Die von mir befragten Richter und Anwälte, durchweg Männer mit langjähriger Erfahrung, nahmen mit einer Ausnahme keinen An=

stand, zu erklären, daß ein Uebelstand vorhanden sei und gerade die ältesten Praktiker sprechen sich am entschiedensten aus. Ein so flagranter subjectiver Mißbrauch, wie in einigen der vier ausführlich berichteten Fälle, kann natürlich nicht immer vorliegen, aber daß objectiv die Bestimmungen über das Armenrecht sehr zweischneidig wirken können, ist nicht zu bezweifeln. Ueber den Umfang des Uebels gingen die Ansichten auseinander, ebenso darüber, ob gesetzliches Einschreiten sich rechtfertige. Auf Letzteres werden wir noch zurückkommen. Ueber den ersteren äußerte sich die eine Hälfte, er sei nicht bedeutend, die andere, größere Hälfte, zumal die älteren Praktiker, gingen jedoch wesentlich weiter. Einer leugnete jeden Mangel am Armenrecht, denn es würde in seinem Bezirke mit der Bewilligung desselben sehr genau genommen. Da erhebt sich die Frage, ob darin nicht andererseits sehr häufig eine Ungerechtigkeit gegen die wirklich würdige Armuth liegt. Mit der bloßen Thatsache, daß es sehr genau genommen werde, ist nicht viel gesagt, denn es ist nicht festgestellt, wie ein solches Verfahren in praxi den Anforderungen der Gerechtigkeit nachkommt.

Das bisher vorgelegte Material ist wesentlich aus klein- und mittelstädtischen Amtsgerichten enthoben, recht eigene Thatsachen liefert dagegen Berlin. Die Großstadt ist für Prozeßtreibereien der beregten Art jedenfalls der günstigste Boden und was in der kleinen und mittleren Stadt zutrifft, muß sich noch mehr in der Großstadt beobachten lassen. Ich bedaure daher, daß ich nur in die Berliner Verhältnisse einen Einblick gewinnen konnte.

Hier fällt zunächst auf, daß in Berlin, dem Hauptsammelpunkte großstädtischer Armuth, das Armenrecht „relativ selten nachgesucht wird“. Man erwartet das Gegentheil. Aber ein eigentlicher Mißbrauch des Armenrechtes läßt sich hier nicht sonderlich nachweisen. Diese Thatsache wäre geradezu ein Räthsel, wenn nicht eine andere ganz auffal-

lende Erscheinung zu Tage träte. Es prozessieren unter Beistand eines Anwaltes ohne Armenrecht so viele Personen zur Noth durch alle Instanzen durch, bei denen der Gerichtsvollzieher nichts an Exekutionsobjecten vorfindet, daß hier ganz besondere Verhältnisse vorliegen müssen. In Berlin existirt ein Gelichter, welches in Saus und Braus lebt, und trotzdem keinerlei Exekutionsobjecte besitzt. Diese Leute finden merkwürdiger Weise für ihre Prozesse immer einen Anwalt und bedürfen des Armenrechtes gar nicht. Es liegt also offenbar nicht an der Vortrefflichkeit unserer Bestimmungen über das Armenrecht, daß Mißbräuche so selten sind, sondern an etwas Anderem. Was das verhältnißmäßig harmlose Provinzialgaunerthum durch Mißbrauch des Armenrechtes erreicht, fällt offenbar dem Großstädter mit Hülfe des Offenbarungseides und eines gefälligen Anwaltes in den Schoß.

Alle die oben aus der Provinz berichteten Fälle kommen in Berlin „häufig genug" vor, nur daß hier die Halsabschneider sich vom Armenrecht emanzipiert haben. Der Teufel ist offenbar durch Beelzebub ausgetrieben. Da fragt man denn doch billig: Wie ist es möglich, daß solche Manifestanten noch immer ihren Anwalt finden? Entweder sie machen Mittel flüssig oder der Anwalt steckt mit ihnen unter einer Decke. Wie dem auch sei, es ist ein Hohn auf alle Gerechtigkeit, daß ein Mensch trotz seines Offenbarungseides ein üppiges Leben führt und vermöge dieses Eides eine solche überragende Angriffsstellung im Prozeß erlangt, um jeden Gegner beliebig ausbeuten zu könneu. Ob der Manifestant allein betrügt oder nur mit Hülfe eines gefälligen Anwaltes, zum Mindesten sind ergänzende Bestimmungen über Kostenvorschuß und Sicherheitsleistung nothwendig. Wir werden noch darauf zurückkommen.

Die Betheiligung des Anwaltes ist freilich ein sehr heikler Punkt, denn hier läßt sich nicht viel beweisen. Aber

wie anders läßt es sich erklären, daß Jemand, der einen Offenbarungseid geleistet hat und dessen Auspfändung erfolglos sein würde, ohne Armenrecht für seine Prozesse einen Anwalt findet? Daß unser Anwaltstand nicht mehr so ist[1]), wie früher, haben neuerliche Ereignisse genügend dargethan. Das Gegentheil wäre auch wunderbar, das munus nobile verträgt die schrankenlose Konkurrenz schlechterdings nicht. Unsaubere Elemente können nicht a limine zurückgewiesen werden, weil die Gewerbefreiheit keine sichtende Auslese zuläßt, und der Kampf ums tägliche Brod wird durch die Konkurrenz zu sehr erschwert. Das munus nobile wird nothwendig zum Geschäft, wo man es als solches behandelt. Dagegen helfen alle Ehrenräthe nicht, denn „wer den Betrieb des Anwaltes aus eigener Anschauung kennt, weiß zur Genüge, in wie seltenen Fällen solche unerlaubte Machinationen zur Kenntniß des Ehrenrathes kommen und wie leicht es für einen wenig skrupulösen Anwalt ist, sie zu verschleiern." Kürzlich sind ja freilich mehrere Eiterbeulen geborsten und Einige von ihrem Schicksal ereilt, aber die Anwälte schießen in der Großstadt wie Pilze aus der Erde. Wir dürfen daher auch manchen Mißbrauch annehmen, der unter anderen Umständen gar nicht in Frage käme.

Grundsätzlich wäre eine Beschränkung der freien Konkurrenz das Richtige. Soll das munus nobile aristokratisch bleiben, muß es der demokratischen Konkurrenz entzogen

---

1) Wir haben schon eine ziemlich umfängliche Reformlitteratur: 1) Prischl Advokat, Advokatur und Anwaltschaft; 2) Löwenfeld: Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem E. eines bürg. Gesetzb., Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 906 bis 911; 3) Werner Die freie Anwaltschaft in Preußen; 4) v. Weinrich: Zur Reform der deutschen Anwaltschaft; 5) Stammel: Sachwaltung und Skandalprozeß, dazu die entsprechenden Anzeigen in der Zeitschrift für deutsch. Civilprozeß; 1) Bd. XII, S. 559; 2) Bd. XIV, S. 376 ff.; 3) Bd. XVI, S. 218.; 4) Bd. XVII, S. 265; 5) ibid., S. 266.

werden. Eine so radikale Aenderung durchzusetzen ist zunächst keine Hoffnung, wenn auch begründete Aussicht besteht, daß auch in diesem wie in anderen Punkten später einmal das Gewerberecht reformirt werden wird.

Einstweilen dürfte jedoch der Zwang zu Vorschüssen und Sicherheitsleistung etwas helfen. Ganz unfraglich ist irgend etwas nicht in Ordnung, wenn ein Manifestant, der angeblich nichts hat, um seine Gläubiger zu befriedigen, für seine Klagen ohne Weiteres einen Anwalt findet, nicht einmal des Armenrechtes sich bedient. Wie der Anwalt zu solchen Dingen steht, dies aufzuspüren, ist für den Gegner aussichtslos, wohl aber muß, wer einen Anwalt engagiren kann, wenn begründete Furcht besteht, daß er seinem Gegner für die eventuellen Kosten nicht aufkommen wird, stets die Erhebung von Vorschüssen zulässig sein aus eigener Initiative des Gerichtes, auf die prozeßhindernden Einwände des Gegners hin und auf seinen nachträglichen Antrag. Es empfiehlt sich daher etwa folgender § 102 a.

„Personen, welche den Offenbarungseid geleistet haben, müssen, wenn sie ohne Armenrecht als Kläger in einem Prozesse sich durch einen Anwalt oder entgeltlich durch einen anderen Prozeßbevollmächtigten vertreten lassen oder denselben zum Beistand haben, dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit leisten. Der Beklagte kann dies Verlangen als prozeßhindernde Einrede und während des Verfahrens stellen. Im letzten Falle hat sein Antrag aufschiebende Wirkung nur, wenn seine Voraussetzungen während des Verfahrens eingetreten sind. Das Gericht ist auch ohne Antrag des Beklagten befugt, eine solche Sicherheitsleistung anzuordnen".

Werden Personen verklagt, denen als Klägern nach § 102 a die Sicherheitsleistung obliegt, so kann mit dieser natürlich nichts erreicht werden. Denn es fehlt gänzlich jeder Hebel, um auf die Partei zu wirken. Man müßte schon,

wenn die Partei mit einem Anwalt erscheint und es nicht vorzieht sich kontumaziren zu lassen, den Anwalt zu besteuern versuchen und ihm die Sicherheitsleistung auflegen. Natürlich hätte er sich dann mit der Partei abzufinden. Ungangbar ist dieser Weg nicht, denn entweder die Partei bequemt sich zur Sicherheitsleistung oder sie bleibt ohne Anwalt oder sie sucht um Armenrecht nach. Ueber dies letzte später, jedenfalls, wo dasselbe nicht aufgesucht ist, muß die Sache nicht normal liegen. Hat der Anwalt Vorschuß erhalten, so kann ihm derselbe wieder abgenommen werden oder er muß die Sache zurückgeben, wie er es auch muß, wenn er keinen Vorschuß erhielt und keine Sicherheit leisten will. Die Folge wird sein, daß der Manifestant ohne Armenrecht keinen Anwalt findet und sich kontumaziren lassen muß. Dem Gegner wäre also geholfen, der Manifestant kann ja um Armenrecht nachsuchen. Dieser Vorschlag, dem m. E. nicht die geringsten praktischen Bedenken entgegenstehen, dürfte aber wegen seines Prinzips auf zu allgemeine Ablehnung stoßen und deßhalb aussichtslos sein. Der Anwalt soll für die Partei haften, dieser Gedanke wird Vielen als völlig unannehmbar erscheinen, trotzdem gar nicht zu leugnen ist, daß ohne den Anwalt einer gewissenlosen Partei ihre Machenschaften zum Nachtheile ihres Gegners gar nicht möglich sind. Dies ist noch der einzige Weg, um dem notorischen Mißbrauche mit dem Offenbarungseide wenigstens unter Umständen die Spitze abzubrechen, denn hat der Anwalt sich Vorschuß geben lassen, kann er von diesem Vorschuß auch Sicherheit leisten und die Partei muß sich ausweisen, woher sie die Mittel hat. Prozessirt der Anwalt auf Gedeih und Verderb, so muß er sein Verhältniß zur Partei klarlegen und verfällt eventuell dem Ehrenrath oder er muß zahlen. Hat er jedoch, was ungeheuer selten ist, aus einer Nachlässigkeit versäumt, sich Vorschuß geben zu lassen, so verdient er um dieser Nachlässigkeit willen keine Rücksicht.

Die Kautionspflicht des Anwaltes ist der Keil, um die unsaubere Verbindung zwischen Partei und Anwalt zu sprengen, und das Mittel, das zwischen beiden bestehende Verhältniß bloßzulegen. Es würde sich daher wenigstens die subsidiäre Kautionspflicht des Anwaltes im Falle des oben vorgeschlagenen § 102 a sicherlich empfehlen, nur müßte unter allen Umständen, falls der Gegner seinen Antrag nicht sofort mit der Klagerhebung stellt, dem Anwalt von dem erhaltenen Vorschuß der wirklich verdiente Theil gelassen werden. Das Gericht dürfte jedenfalls da, wo der Manifestant Beklagter ist, von Amtswegen nicht einschreiten. Da es jedoch aussichtslos erscheint entsprechende Vorschläge zu machen, wird von diesem Gegenstande hier abgesehen. Zudem werden Klagen gegen solche Leute, von denen voraussichtlich nichts zu holen ist, sehr selten sein. Wir werden daher bei dem Prinzip von § 102 a stehen bleiben müssen.

Daß die Prozeßvertretung entgeltlich ist, wird vermuthet; das Gegentheil hat Kläger zu beweisen. Das Gericht wird bei der Beweiswürdigung insonderheit zu beachten haben, ob Partei und Anwalt schon wiederholt und in welcher Gattung von Prozessen zusammengearbeitet haben u. s. w. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung muß nicht an den Antrag des Gegners gebunden sein, denn häufig kennt er seinen Feind gar nicht, während dem Gericht schon der bloße Name genug sagt. Daher muß diesem die Befugniß zustehen, sofort nach Eingang der Klagschrift eine Sicherheitsleistung anzuordnen und vor Realisirung derselben jeden Schritt in der Sache zu verweigern, darum ist als § 140 a einzuschieben:

„Das Gericht, welches gemäß § 102 a dem Kläger eine Sicherheitsleistung auferlegt, kann das Verfahren aussetzen, bis die Sicherheit erbracht ist".

Dadurch wird unbeschadet des § 105 der C.-P.-O. erreicht, daß die Kosten des Gegners nicht unnöthig anschwellen.

Mit der Pflicht zur Sicherheitsleistung lassen sich die

großstädtischen Gaunereien m. E. schon einigermaßen bekämpfen und damit wäre einem geradezu empörenden Uebelstande wenigstens einigermaßen abgeholfen [2]).

---

2) Entschließt man sich zu gesetzgeberischer That, so ist auch noch das materielle Recht in's Auge zu fassen. Oben wurde schon angedeutet, daß die Manifestanten häufig zum großen Anstoß aller soliden Bürger ein sehr üppiges Leben führen. Berlin hat ihrer eine große Zahl und die Einzelnen sind mit Händen zu greifen, welche im vornehmsten Viertel wohnen, in den feinsten Restaurants speisen u. s. w. Können diese Leute ihre Einnahmen den Gläubigern entziehen, müßte man sie doch bei ihren Ausgaben packen können. Wessen Lebensweise mit seinem Offenbarungseid in Widerspruch steht, der muß mit seinen Ausgaben haften. Darum müssen auch seine Frau, seine Verwandten, seine Spießgesellen, welche ihm den Luxus ermöglichen entsprechend ihrer Unterstützung für ihn eintreten. Wer 1000 Mk. hergeben kann, um einem Manifestanten ein üppiges Leben zu ermöglichen, kann dieselbe Summe auch an die Gläubiger des Manifestanten wenden, dies ist durchaus gerecht, denn regelmäßig stecken zwei Lumpen unter einer Decke. In Wirklichkeit lebt der Manifestant von seinem eigenen Vermögen, welches nur dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen ist. Der Gedanke den dritten, welcher doch nur Aufbewahrer des dem Manifestanten gehörigen Vermögens ist, haften zu lassen, müßte insbesondere im ehelichen Güterrecht zum Ausdruck kommen. Kein Schauspiel ist widerlicher, als den Mann einer Millionärin, etwa einen konfiszirten Bauschwindler, brutal im Luxus sich wälzen zu sehen, während seine Opfer im körperlichen und geistigen Elend verkommen. Darum muß dem Vorbehaltsgut in solchen Fällen eine gewisse ökonomische Grenze gezogen werden so daß es wenigstens theilweise an den Schulden des Mannes theilnimmt. Etwas Entsprechendes muß auch beim Konkurse gelten, wenn die Verhältnisse sich später bessern. Es ist z. B. durchaus ungerecht, daß im Konkurse die Frau das Geschäft oder das Landgut u. s. w. des Mannes wiederkauft, ihn mit einem lächerlich geringen oder ohne Gehalt als ihren Beamten wieder anstellt und beide die Sache von vorn wieder anfangen unter dem Namen der Frau und später, wenn die Geschichte glückt, sich gar nicht um ihre Gläubiger zu kümmern brauchen. Beide leben später in guten Verhältnissen, aber die Gläubiger haben das Nachsehen. Ein Recht, welches derartiges erlaubt, ist schlecht, es demoralisirt die Menschen, denn es hilft ihnen über den kategorischen Imperativ der Pflicht hinüber. Man halte nicht die Verjährung entgegen, weil — von allem Anderen abgesehen — hier der Gläubiger sich rühren konnte, um sein Recht am Leben

Werden diese oder ähnliche Bestimmungen Gesetz, so wird die Folge sein, daß die großstädtischen Schwindler zum

---

zu erhalten. Darum darf die Trennung der Güter nicht so liberal freigegeben werden, wie der Entwurf es will. Verkehrt wäre es, das Frauenvermögen jedes Mal in den Konkurs hineinzuziehen, es wäre regelmäßig ein Unrecht gegen die Frau und ihre Kinder und würde die einzige Gelegenheit, den Schuldner wieder in die Höhe zu bringen, vernichten, aber nach dem Konkurse, wenn das Ehepaar sich wieder emporgearbeitet oder die Frau anderswoher, z. B. durch Erbschaft ihr Vermögen beträchtlich vermehrt hat, müßte das Frauenvermögen wenigstens zu einem Theil haften. Der Gemeinschuldner kann ja arbeiten, um diese Ausgabe wieder einzubringen. Die Haftung der dritten läßt sich bei Manifestanten vielleicht noch in der Weise durchführen, daß man Beschlagnahme derjenigen Summen zuläßt, mit welchen der Schuldner sein Luxusleben bestreitet, z. B. die Miethe für seine theuere Wohnung. Dies trifft zunächst den Vermiether, welcher die Miethe sogar innerhalb bestimmter Zeit nach Empfang noch herausgeben müßte, er kann sich jedoch an den folgenden Vermiether halten, wenn ihm nicht die Frau haftet, die dann doppelt zahlen muß. Zieht man diese heran nach ihren Mitteln, so wird sie alles Interesse haben nachzuweisen, daß nicht sie, sondern Andere z. B. die Spießgesellen den Unterhalt ihres Mannes bestreiten. Dann hat man den Faden in der Hand, um die dritten zu finden und sie entsprechend den für den Schuldner gemachten Auslagen heranzuziehen. Jeder hat ja ein Interesse möglichst viel Mitschuldige zu nennen. Andererseits, kann sich der Vermiether an den späteren Vermiether halten, so kommt der Manifestant nicht früher zur Ruhe, als bis er alles beglichen und eine billige und dürftige Wohnung bezogen, d. h. seine Lebenshaltung bescheiden eingerichtet hat. Auch wenn man die baldige Beschlagnahme der Luxusausgaben — m. E. das beste Mittel, die Verhältnisse offen zu legen — zuläßt, scheint es doch nothwendig, auch den Offenbarungseid wenigstens dort abzuändern, wo ein Manifestant sich über sein Luxusleben äußern soll. Er muß positiv angeben, woher er oder wer für ihn seine Bedürfnisse bestreitet. Dieser Eid läßt sich kontrolieren, denn die Interessen lassen sich theilen. Nothwendig ist jedoch ein § 782a, welcher gegen den Schuldner die Haft verfügt, bis er positive oder befriedigende (Ermessen des Gerichtes!) Angaben macht, wovon er lebt. Die Kosten müßten dem Gläubiger erlassen werden, um von den dritten wahrgenommen zu werden. Die Höchstdauer der Haft müßte 6 Monate überschreiten dürfen. Wenn der Schuldner zunächst auch sonst nichts aussagt, so kommt er doch wenigstens nicht zum Genusse seiner Gaunereien, wie in dem Falle, wo man Beschlagnahme seiner

Armenrecht greifen und alsdann werden sich die diesem schon jetzt anhaftenden Uebelstände noch mehr fühlbar machen. Wenn kein Zweifel sein kann, daß wir das großstädtische Gaunerthum, die meineidigen Manifestanten, die Strohmänner in den Schwindelunternehmungen, mit allen Mitteln bekämpfen müssen, so kommen wir im weiterem Verfolge dieser Tendenz nothwendig auch zu einer Reform des Armenrechtes. Dieselbe würde aber auch ohne das Bestreben, gaunerischen Manifestanten den Rückzug in einen Schlupfwinkel zu verlegen, unumgänglch sein. Oben wies ich schon darauf hin, daß die Mehrzahl der von mir befragten Praktiker (aus Mecklenburg und Holstein) dies auch anerkannt haben. Ein Amtsrichter bestritt das Reformbedürfniß und forderte nur eine andere Handhabung des Armenrechtes, man sollte mehr individualisiren, dies ist schwer und doch nutzlos. Nicht einmal der Amtsrichter kennt immer seine Pappenheimer und warum wird so selten das Armenrecht wieder entzogen, trotzdem das Gericht auf Grund seiner im Termin gemachten Erfahrungen doch gewiß individualisiren kann? Statt dessen bemüht sich das Gericht, um nichts zu versehen, lieber um einen für den Gegner unvortheilhaften Vergleich und wenn dieser an der Halsstarrigkeit der armen Partei scheitert, so beläßt es dennoch das Armenrecht, denn man kann das Vorbringen der armen Partei nicht widerlegen. Mit dem Landgerichte und den höheren Instanzen überhaupt steht die Sache noch schlimmer. Diese haben mit dem Publikum weit weniger Fühlung wie das Amtsgericht und müssen sich daher auf die Vorinstanz verlassen. Ist das Armenrecht einmal be-

Auslagen zuläßt. Nennt er unter seinem Eide Namen, so faßt man die richtigen oder der Manifestant wandert wegen Meineids in's Zuchthaus. Dies wäre noch nicht das Schlechteste und verhältnißmäßig leicht zu erreichen, denn die Genannten haben alles Interesse, ihn der Unwahrheit zu überführen und dadurch wird die Verbindung zwischen ihnen und den Strohmännern gesprengt, ja hoffentlich für alle Zeiten unmöglich gemacht.

willigt, so ist es auch in den folgenden Instanzen dem Petenten sicher. Ja die obere Instanz reformirt häufig, wenn einmal der Vorderrichter das Armenrecht verweigert oder entzieht. Die Wahrnehmung, daß das Armenrecht häufig Unzuträglichkeiten mit sich bringt, seine Verleihung so unkontrolirbar ist, hat v. Weinrich a. a. O., der S. 113 sehr interessante Daten beibringt und die „Geneigtheit der Gerichte zur Verleihung des Armenrechtes" feststellt, zu dem Vorschlage veranlaßt, besondere Armenrechtskommissionen beim Landgerichte einzusetzen. Darauf hat ihm Schultzenstein, Zeitschr. für deutschen Civilprozeß XVII, S. 265 schon mit Recht entgegnet: „Besondere Vortheile für die Sache selbst möchten von der Thätigkeit eines solchen ziemlich schwerfälligen Apparates nicht zu erwarten sein". Es ist die alte Geschichte, die Partei hat durch ihre Lügen die Sache völlig in ihrer Hand. Sollte wirklich das Gericht versuchen, der wahren Sachlage auf den Grund zu gehen, so würde die Folge sein, daß sich ein doppeltes Verfahren herausbildete, der Hauptprozeß und die Untersuchung über das Armenrecht. Diese ist ebenso umständlich wie jedes Beweisverfahren und kann daher nur zum Schaden des Hauptprozesses geführt werden. Schließlich ist es dem Petenten ein Leichtes dem Gerichte Sand in die Augen zu streuen.

Allerdings ist die Praxis nicht frei von Schuld, wie dies zwei Fälle aus Berlin zeigen.

Durch ein Versehen der Gerichtsschreiberei waren die Kosten des durch zwei Instanzen getriebenen Prozesses zu Lasten des abgewiesenen aber mit Armenrecht ausgerüsteten Klägers liquidirt und der zuständigen Abtheilung zur zwangsweisen Beitreibung überwiesen worden; der Gerichtsvollzieher pfändete wegen der über 100 M. betragenden Schuld Polstermöbel u. a., welche nicht unter die im § 715 der C.-P.-O. als unentbehrlich bezeichneten Gegenstände gehörten. Der

Schuldner beantragte Freigabe auf Grund seines Armenrechtes. Der Verkauf wurde sistirt und die Abtheilung beantragte beim Amtsgericht Entziehung des Armenrechtes. Dieser Antrag wurde abgelehnt, da der Besitz eines Mobiliars wie des gepfändeten nicht zu der Annahme berechtige, daß der Kläger ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts im Stande sei, Gerichtskosten zu zahlen.

Im zweiten Falle hatte ein Vormund für seine Mündel eine Forderung von 20 000 M. im Prozeßwege erstritten und diesen Prozeß mit Armenrecht geführt. Die Gerichtskasse, welche hievon Kenntniß erhielt, beantragte wegen einer anderen Kostenschuld Entziehung des Armenrechts. Dieser Antrag und die später gegen die bezügliche Entscheidung erhobene Beschwerde wurden mit der Begründung abgewiesen, daß „die Zinsen eines Kapitals von 20 000 M. kaum zur Erziehung der beiden Mündel genügten, nicht aber noch gestatteten, Gerichtskosten daraus zu bestreiten." Eine solche Praxis geht über das vernünftige und gerechte Maß hinaus und es ist dringend zu wünschen, daß hierin eine Aenderung eintrete. Aber damit wird der eigentliche Mangel noch nicht gehoben, denn die Thatsache bleibt, daß der Behörde und dem Richter die wahren Verhältnisse mit Leichtigkeit verschleiert werden können.

Die Größe der Bedürfnißfrage läßt sich nicht bestreiten. Wir werden unten sogar noch eine Wirkung des Armenrechtes auf den Anwaltsstand kennen lernen. Sodann sind Prozesse mit Armenrecht schon an sich nicht so überwiegend und darum können seine Mängel auch nicht gerade Massenwirkungen ausüben. Ist jedoch das Armenrecht überhaupt der Berücksichtigung werth, so verdienen auch seine Mängel gesetzliche Regelung. Der zweite Kraftaufwand rechtfertigt sich aus dem ersten vollkommen. Hülfe thut noth und läßt sich auch leicht finden. Das Armenrecht gänzlich zu beseitigen,

wäre Unrecht, aus irgend welchem Mangel seiner Voraussetzungen eine prozeßhindernde Einrede zu machen, geht auch nicht an. Wohl aber dürfte die Möglichkeit eines Zwangsvergleichs vor dem Amtsgericht helfen. Jetzt bemüht sich der Amtsrichter in Armenprozessen mit großer Ausdauer und Selbstverleugnung um einen Vergleich; bei vernünftigen und ehrlichen Parteien hat er schon jetzt Erfolg, aber es hängt lediglich vom guten Willen und vom Anstandsgefühl der armen Partei ab, welche Opfer der Gegner bringen soll. Um diesen gegen Mißbräuche zu schützen, müssen dem Richter irgend welche Zwangsmittel gegen die arme Partei in die Hand gegeben werden, er muß die arme Partei zu einem annehmbaren Vergleiche zwingen können. Darin liegt keine Ungerechtigkeit, denn der Richter ist völlig souveräner arbiter, er kann der armen Partei sogar zur Noth das ganze Streitobjekt zubilligen. Ja man wird ihm, wie den Parteien beim freiwilligen Vergleiche, im Interesse gerechtester Ausgleichung die Befugniß geben müssen, auch auf Leistungen zu erkennen, die ohne Klageänderung nicht gefordert werden können, deren Zubilligung jedoch gerecht und wünschenswerth erscheint. Es liegt hierin ein Vortheil für die arme Partei, der sich häufig genug zeigen wird, da ihre Klagen regelmäßig zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. Dadurch läuft der Kläger Gefahr, daß der Klagantrag häufig zu eng oder unrichtig gefaßt wird und dies bestätigt aus eigener Erfahrung Kulemann, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, XI, S. 370, welcher mit den zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegebenen Klagen schlechte Erfahrungen gemacht hat. Im Zwangsvergleich lassen sich Versehen des Gerichtsschreibers noch nachträglich, auch gegen den Willen des Beklagten, korrigiren. Gegen denselben läßt sich nicht einwenden, daß auf diese Weise einer Partei unter Umständen die Berufungsmöglichkeit, d. h. die Möglichkeit, ihre Sache im ordentlichen Verfahren zum Austrag zu

bringen, entzogen werde und daß darin eine ungerechte Behandlung liege. Dagegen liegt auf der anderen Wagschale, daß nur gegen eine störrige, verbissene, habsüchtige Partei mit Zwang vorgegangen wird und daß jedem ordentlichen, ehrlichen Menschen, wie wir sehen werden, ausgiebige Gelegenheit zu einem freiwilligen Vergleich gegeben ist. Der gemaßregelten armen Partei liegt nichts so sehr fern, als ein idealer Kampf ums Recht, sie will nur möglichst viel Geld aus dem Prozesse herausschlagen. Uebrigens wäre es ein großer Irrthum, anzunehmen, daß der Zwangsvergleich wesentlich zu Ungunsten der armen Partei wirken müsse. Im Gegentheil, die discretionäre Gewalt des Richters erweitert sich, wie wir noch näher sehen werden, nach beiden Seiten und auch der Gegner trägt ein entsprechendes Risiko. Der mir von einem Praktiker gemachte Einwand, mit dem Zwangsvergleich werde eine ganz neue Prozeßart eingeführt, ist überhaupt keiner, er erledigt sich von selber. Theoretischen Bedenken gebührt in dieser Frage überhaupt nicht das Wort und sollte man im Gegentheil nicht jede neue Prozeßform als eine Bereicherung betrachten, von der sich schließlich doch irgend ein Gewinn ziehen läßt?

Der Zwangsvergleich hat zur Voraussetzung den Antrag des Gegners, womit dieser sich der Herrschaft über den Prozeß völlig begibt. Diese Kehrseite ist jedoch nicht immer ein Ersatz dafür, daß der Gegner unter Umständen durch seinen Antrag die Verhandlungen an einem für die arme Partei ungünstigen Punkte abschneiden kann, um ihr das Vorbringen von günstigem Prozeßstoff unmöglich zu machen. Er könnte also unter Umständen dem Richter Momente entziehen, welche dessen Auffassung von Recht und Unrecht wesentlich ändern würden. Dies zu verhindern und um dem Richter überhaupt etwas freie Hand zu verschaffen, darf der Gegner seinen Antrag auf Zwangsvergleich nicht früher stellen, als bis er der armen Partei einen

vom Richter gebilligten Vorschlag zu einem freiwilligen Vergleiche gemacht hat und dieser von der armen Partei abgelehnt ist. Auf diese Weise erhalten wir der armen Partei alle billigen Vortheile und Aussichten. Der Richter wird die Glaubwürdigkeit der armen Partei, ihr bisheriges Vorbringen, ihren persönlichen Eindruck u. s. w. erwägen und wird danach seine Zustimmung zu dem Vorschlage einrichten. Scheint ihm, daß für die arme Partei eine Beweisaufnahme, ein Gutachten u. dgl. von Vortheil sein könne, oder sieht er anderswo günstige Punkte, so wird er seine Zustimmung verweigern und den Gegner solcher Art zu weiteren Zugeständnissen nöthigen. Da dessen Angebote naturgemäß eine gewisse Grenze haben, so ergibt sich, daß der Richter ein vorzeitiges Abschneiden des Prozesses mit Leichtigkeit verhindern kann. Andererseits ist er an die Höhe des gemachten Vorschlages nicht gebunden und braucht insbesondere beim Zwangsvergleich keinerlei Rücksicht darauf zu nehmen, er wird also je nach seiner Ueberzeugung im Zwangsvergleich auf Weniger oder Mehr, als der Vergleichsvorschlag enthielt, erkennen. Damit ist die Möglichkeit gegeben, die arme Partei zu einem billigen freiwilligen Vergleich zu veranlassen. Der Richter veranlaßt den Gegner zu einem recht günstigen Vorschlag und erklärt der armen Partei: Entweder du nimmst an oder der Gegner stellt den Antrag auf Zwangsvergleich und ich bewillige alsdann noch weniger. Diese Argumentation wird bei einem wohlwollenden und geschickten Richter nie versagen. Gerade in seiner Funktion als Druckmittel soll der Zwangsvergleich hauptsächlich sich bewähren, in seiner Nichtanwendung soll er seine eigentlichen und besten Dienste leisten. Der Richter soll wesentlich mit ihm drohen, um die arme Partei einem billigen Vergleiche gefügig zu machen.

Nachdem wir das Wort Zwangsvergleich bisher so anstandslos gebraucht haben, müssen wir jetzt seinen Sinn fest-

stellen. Der konkursrechtliche Begriff des Zwangsvergleichs gehört nicht hierher. Im Konkurs liegt ein Vertrag vor, den die als gesetzlicher Mehrheitsverband zur wechselseitigen Vertretung organisirten Konkursgläubiger mit dem Schuldner schließen. Die abweichende Ansicht von Schultze, das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, verkennt die Natur eines Mehrheitsverbandes, jedoch kann darauf hier nicht eingegangen werden.

Im Gegensatz zum Konkursrecht haben wir hier ein Decisivdekret des Richters vor uns, welcher kraft seiner richterlichen Gewalt jedem das Billige zuertheilt. Man könnte die den Streit beendende Entscheidung auch Urtheil nennen, der Unterschied liegt nur darin, daß der Zwangsvergleich, falls überhaupt seine Voraussetzungen vorliegen, die Entwicklung des Prozesses jederzeit abschneiden kann, daß er nicht, wie das Endurtheil, eine völlige Erschöpfung des Prozesses zur nothwendigen Voraussetzung hat. Bei Zwangsvergleich und Endurtheil wird nur die Grundlage der richterlichen Entscheidung nach verschiedenen Prinzipien gelegt. Ein zweiter Unterschied ist, daß der Zwangsvergleich keine Berufung mit allen ihren Folgen kennt (darüber unten mehr). Sonstige Unterschiede sind unwesentlich. Man könnte deshalb das Hülfsmittel nur in dem Ausschluß der Berufung finden wollen und dieser Gedanke ließe sich hören, wie auch der andere, statt der Berufung in Armenprozessen die Beschwerde einzuführen. Jedoch bietet der Zwangsvergleich vor dem Endurtheil zwei Vortheile. Einmal kann sich der Gegner mit dem Antrag auf Zwangsvergleich schon in der ersten Instanz vor Chikane schützen, da er nach Ablehnung eines annehmbaren Vergleichsvorschlages jederzeit alle ferneren Verhandlungen abschneiden kann. Dadurch verhindert er ein unnöthiges Anwachsen der Prozeßkosten und entzieht sich überhaupt allen Angriffen seitens der armen Partei.

Ferner hat der Richter im Zwangsvergleich freiere Hand

und kann im Dienste der Gerechtigkeit auf Leistungen erkennen, die ohne Klagänderung nicht nachträglich zu fordern sind. Darum ist der Zwangsvergleich, elastischer als das Endurtheil, vorzuziehen.

Wir kommen jetzt zu der wichtigen Frage, ob und in welcher Art der Zwangsvergleich anfechtbar sein soll. Gegen die Anfechtbarkeit spricht, daß der Zwangsvergleich den Gegner vor weiteren Chikanen durch die arme Partei schützen soll, für dieselbe, daß der Richter sich auch im Zwangsvergleich irren kann, daß unter Umständen eine Partei durch die richterliche Entscheidung eine Verkürzung an ihrem Recht zu leiden glaubt. Diese letzten Argumente sind jedoch gar nichts werth. Wo immer auch es sei, die Parteien, welche der Richter mit seiner Entscheidung befriedigt, sind überhaupt weiße Sperlinge. Nur eine ganz geringe Zahl kommt zufrieden vom Gerichte zurück. Insbesondere will der Hinweis auf richterlichen Irrthum gar nichts besagen, denn vor Irrthümern ist auch das Endurtheil nicht sicher. Im Gegentheil dürften bei dem auf das arbitrium boni judicis gestellten Zwangsvergleich weit weniger Irrthümer unterlaufen, als bei dem Endurtheil, da dieses von der Beherrschung der juristischen Technik weit abhängiger ist. Unrichtige und irrthümliche theoretische Ansichten bedrohen niemals die materielle Entscheidung des Zwangsvergleichs, aber immer das Endurtheil.

Würde eine Anfechtbarkeit des Zwangsvergleichs eingeführt, so würden wir der armen Partei mit der einen Hand geben, was wir mit der anderen Hand genommen haben.

Unter solchen Umständen können wir lieber Alles beim Alten lassen und der Gaunerei wie bisher freie Bahn geben. Ich stelle alle Für und Wider in äußerlicher Hervorhebung noch einmal zusammen und hoffe, daß ruhige Erwägung mir Recht geben wird, gegen den Zwangsvergleich keine Apellation zuzulassen.

1. Der Zwangsvergleich richtet sich nur gegen störrige,

habsüchtige und gewissenlose Parteien, der ruhige ordentliche Bürger wird stets geneigt sein, unter billigen Bedingungen Frieden zu schließen. Wer aus Rechthaberei oder Habsucht eine prozessuale Zwangslage des Gegners ausbeuten will, empfängt nur sein Recht, wenn seinem Treiben durch den Zwangsvergleich ein Ende gesetzt wird.

2. Die Anfechtbarkeit bietet das Mittel zu einer Chikane.

3. Es erscheint recht und billig, der armen Partei für den Vortheil des Armenrechtes auch ein Risiko aufzulegen, wie der Gegner eines trägt. Armenrecht für den Einen, Sicherheit vor Chikane für den anderen entsprechen als billig vertheilter Gewinn den Gefahren des Zwangsvergleichs. Der Fehler der bisherigen Gesetzgebung ist, daß man glaubt, das Armenrecht ohne ein entsprechendes Opfer geben zu müssen.

4. Der Zwangsvergleich ist unanfechtbar für beide Theile, dem Einen muß billig sein, was dem Andern recht ist. Hierin liegt unter Umständen ein Vorteil für die arme Partei, z. B. wenn sie nach dem Zwangsvergleich zu Vermögen kommt.

5. Ein Vortheil für die arme Partei liegt ferner darin, daß auch gegen den Willen des Gegners die bei amtsgerichtlichen Klagen nicht seltenen Versehen der Gerichtsschreiber wieder gut gemacht werden können. Der Zwangsvergleich soll eben kein Urtheil sein mit festgebundener Grundlage. Ihm soll die materielle Gerechtigkeit über Alles gehen, hierin seine Natur als Vergleich bewährend. Darum auch die Möglichkeit der Klagänderung.

6. Unsere Amtsrichter sind der Armuth so wohlwollend gesonnen, wie nur wünschenswerth, sie werden schon für ihr Bestes sorgen.

7. Auf der anderen Seite steht nur die Erwägung, daß die arme Partei durch Ausschluß der Berufung unter Umständen sich zurückgesetzt fühlen kann. Aber wie gesagt, die Parteien sind sehr selten mit einer richterlichen Entscheidung zufrieden. Zudem werden wir sofort noch ein anderes Rechts-

mittel kennen lernen. Trägt man Bedenken, den Zwangsvergleich in der hier vorgeschlagenen Form einzuführen, so gebe man dem Gegner das Recht, eventuell auf einen Schiedsrichter zu provozieren. Diese neue Prozeßform regt die Partei nicht so sehr zu Vergleichen an, wie die herkömmliche, bekannte und in ihr nimmt sie leichter entgegen, was ihr auferlegt wird. Das psychologische Moment der Neuheit dürfte günstig wirken.

Ein anderes Hülfsmittel wäre, daß die arme Partei mit der dem Anwaltszwang nicht unterliegenden Beschwerde sich über materielle Unbilligkeit des Vergleichs beklagen könnte. Dies wäre m. E. das Aeußerste, was man ihr bewilligen könnte, ist aber ebenfalls unnöthig; wir werden jedoch darauf noch zurückkommen.

Dagegen müssen wir der armen Partei folgendes Rechtsmittel gewähren. Sie muß, wenn ihr der Zwangsvergleich nicht zusagt, unter Verzicht auf das Armenrecht den Prozeß in die ursprüngliche Lage zurückwerfen können, damit ihr die Möglichkeit urtheilsmäßiger Entscheidung des Rechtsstreites bleibt. Diese Anfechtung wirkt wie der Einspruch gegen das Versäumnißurtheil, der Zwangsvergleich fällt völlig in sich zusammen und der Prozeß wird ohne Armenrecht in den gewöhnlichen Formen weitergeführt. Nennen wir dies Rechtsmittel den Widerspruch. Durch ihn werden der armen Partei alle Instanzen gewahrt, so daß sie durch den Zwangsvergleich nicht, wie eine gegentheilige Meinung wohl übertreibend sagen möchte, zu völliger Rechtlosigkeit verurtheilt wird. Das Gute, was an ihrer Klage ist, wird der amtsgerichtliche Prozeß schon im Allgemeinen aufdecken und daher wird es ihr, wenn sie einige Aussichten hat, weit leichter werden, einen Anwalt zu finden, als ohne den vorherigen Prozeß beim Amtsgerichte. Da ferner der Zwangsvergleich regelmäßig erlassen und angefochten wird erst, nachdem die Verhandlung bis zu einem

gewissen Grade vorgeschritten ist, so folgt daraus, daß der armen Partei das Armenrecht bis kurz vor dem Urtheil zur Seite stehen kann und sie daher de facto den ganzen Prozeß unter den durch das Armenrecht gewährten Vergünstigungen zu führen vermag. Hat sie Unrecht, so erwächst ihr aus dem Mangel des Armenrechtes nur dann ein Schade, wenn zugleich die entsprechende Voraussetzung desselben, die Bedürftigkeit nicht zutrifft. Unter solchen Umständen ist es kein Unrecht, daß die Partei vor dem Gerichtsvollzieher sich nicht schützen kann. Wem dies nicht genügt, der möge den Verzicht auf das Armenrecht ex nunc und nicht ex tunc wirken lassen, so daß die schon erwachsenen Kosten noch durch das Armenrecht gedeckt werden. Fällt das Urtheil günstig für die arme Partei aus, so wird sich der Gegner beruhigen oder Berufung einlegen. Im letzten Fall ist es allerdings Sache der armen Partei, für einen Anwalt zu sorgen, jedoch wird ihr auch dieses nicht zu schwer fallen, wenn sie eine gute Sache hat. Findet sie keinen Anwalt, so ist sie selber schuldig an ihrem Verlust, denn ihr war im Vergleich eine ausreichende Gelegenheit gegeben, ihre Interessen wahrzunehmen. Darum scheint es mir auch nicht gerechtfertigt, von § 102a eine Ausnahme zu machen und der armen Partei die Sicherheitsleistung zu erlassen.

Andererseits muß sie ihren Widerspruch zurücknehmen dürfen. Geht der Gegner in die Berufung, wird ihr die eigene Sache bedenklich, ist ein Anwalt nicht zu finden, so muß sie auf den Zwangsvergleich rekurriren können. Ihr Schade wird es niemals sein, denn höchst wahrscheinlich wird ihr im Urtheil weniger zuerkannt werden als im Vergleich, die Frist für die Zurücknahme des Widerspruchs wäre analog nach § 484 der C.-P.-O. zu bemessen. Beruhigt sich jedoch der Gegner mit der ersten Instanz, so hat die arme Partei das amtsgerichtliche Dekret ebenfalls anzunehmen.

Bisher ist der Fall der §§ 541 ff. nicht vorgesehen. Die

Gerechtigkeit fordert eine Nichtigkeits- und Restitutionsklage wie beim Endurtheil zuzulassen. Zu den Nichtigkeitsgründen des § 542 treten noch die besonderen beiden Gründe hinzu, daß von den Voraussetzungen des Zwangsvergleichs entweder das Armenrecht oder der Antrag des Gegners (mit resp. ohne entsprechenden Vergleichsvorschlag) ermangelt. In dem neuen Verfahren gelten wieder die Grundsätze über das Armenrecht und den Zwangsvergleich.

Eine nicht unerhebliche Modifikation wäre gerechtfertigt, wenn man die oben verworfene Beschwerde einführte. Dieselbe, bestimmt die Berufung zu ersetzen, dient im Wesentlichen zur Korrektur materieller Unbilligkeit. Man erwäge nun noch die eigentliche Natur des Zwangsvergleichs. Derselbe soll Rechtshändel einer armen Partei mit möglichst geringem Kraftaufwand endgültig beenden und soll materiell Jedem das Seine geben. Nur auf das letzte kommt es an und Formvorschriften stehen in zweiter Linie, wie denn das Eigenthümliche des Zwangsvergleichs darin besteht, daß in ihm das formale Element hinter dem materiellen zurückbleibt. Man würde das formale Moment vielleicht zu sehr berücksichtigen, wollte man die §§ 541 ff. schlechthin anwenden. Ist die im Zwangsvergleich getroffene Entscheidung nur nicht materiell unbillig, mag sie ruhig bestehen bleiben, der materiellen Unbilligkeit hilft die Beschwerde ab. Nur in besonders groben Fällen z. B. § 542, 1 müßten formale Mängel berücksichtigt werden, andere Mängel nur dann, wenn sie eine materielle Unbilligkeit verursachten, die durch die Beschwerde nicht heilbar waren.

Jedoch scheint mir der Gedanke, die Fälle der Nichtigkeits- und Restitutionsklage zu vermindern resp. theilweise unter die Beschwerde einzuordnen, nicht so verfolgenswerth, daß ich hier näher darauf eingehen möchte. Nothwendig dagegen erscheint es, über die Beschwerde, falls dieselbe beliebt werden sollte, etwas zu sagen.

Dieselbe soll thunlichst die Berufung ersetzen, um deren Nachtheile zu beseitigen. Daher darf sie dem Anwaltszwang nicht unterliegen. Die Beschwerde muß ferner bis an das Oberlandesgericht gehen dürfen, sie kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden, der Gegner ist von ihr zu benachrichtigen, damit er durch Schriftsatz oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers Gegenerklärungen abgeben kann. Somit läßt sich die Sache einigermaßen hören, jetzt kommt aber ein wunder Punkt, die Feststellung resp. Korrektur des Thatbestandes.

Wollte man sich mit den Feststellungen des Amtsgerichtes begnügen, so könnte diese halbe Maßregel nicht befriedigen. Denn gerade in den Feststellungen kann die arme Partei das ihr zugefügte Unrecht finden und wird nach dem beliebten Verfahren, immer neuen Schwindel vorzubringen, regelmäßig gerade darauf sich stützen, daß sie ihre besten Gründe noch nicht bekannt gegeben hätte.

Soll die Beschwerde also überhaupt irgend welchen Sinn haben, so muß in den höheren Instanzen eine Nachprüfung, Ergänzung und Berichtigung des Thatbestandes möglich sein. Was ergibt sich daraus?

Wir haben ein echtes Berufungsverfahren nur ohne Anwaltszwang. Da ist es denn doch weit besser, den ganzen Zwangsvergleich fallen zu lassen und in Armensachen für die Berufung den Anwaltszwang abzuschaffen. Dann erreichen wir annähernd dasselbe, aber auch nur annähernd. Denn man bedenke, ein Prozeß vor dem leicht zu erreichenden Amtsgericht kann ohne große Kosten geführt werden, Land- und Oberlandesgericht sind jedoch nur mit Verlust an Zeit und Geld zu erreichen. Die Sachlage drängt von selber auf die Vertretung. Persönliches Erscheinen wird der armen Partei noch immer leichter und billiger, als dem Gegner, sie kann nur gewinnen, der Gegner hat bedeutend zu verlieren. Zieht man ferner in Rechnung, daß ohne

den Anwaltszwanz die Winkeladvokaten sich immer weiter verbreiten, so wird man vom Anwaltszwange nicht absehen und denselben auch nicht durch die Beschwerde umgehen.

Dies führt uns noch auf einen anderen Punkt, der bisher, um das Urtheil des Lesers nicht zu trüben, absichtlich übergangen wurde, die Wirkung des Armenrechtes auf den Anwaltsstand.

Eine Partei mit Armenrecht erhält immer in der Berufungsinstanz, häufig auf ihren Antrag schon vor dem Amtsgerichte einen Anwalt beigeordnet und dieser Anwalt erhält für seine Bemühungen häufig gar nichts. Der Staat zwingt ihn zur Thätigkeit, und derselbe Staat, welcher seine Wohlthaten auf Kosten des Anwaltsstandes vertheilt, entschädigt den Anwalt auch dann nicht, wenn derselbe für seine Bemühungen von den Parteien nichts erhalten kann. Ich sehe hier ganz ab davon, daß der § 34 der R.-A.-O. sehr leicht zu einem Unrecht gegen den Anwalt und gegen den Gegner werden kann. Eine arme Partei kann danach, je besser sie zu schwindeln und zu jammern versteht, auch vor dem Amtsgericht einen Anwalt als Beistand erlangen, während der Gegner nach seiner sozialen Lage regelmäßig nicht arm genug ist, um das Armenrecht bewilligt zu erhalten und nicht reich genug, um ohne Weiteres die Anwaltskosten riskiren zu können.

Folglich wird durch das Armenrecht die Partei nicht mit dem Gegner gleichgestellt, sondern ihre Position wird sogar ungebührlich verstärkt. Jedoch wollen wir diesen Punkt nicht einmal besonders betonen, sondern uns hauptsächlich an die dem Anwaltsstande ungünstigen Wirkungen halten.

Ueber diese Frage hat kürzlich v. Weinrich S. 112 ff. im Anhang seiner citirten Schrift sich ausführlich geäußert, ich verweise im Allgemeinen darauf und füge nur noch das Urtheil Kleinfeller's in der Zeitschrift für deutschen Civil-

prozeß XVII S. 266 hinzu, welcher anerkennt, daß v. Weinrich zeigt, „welche schwere Last den Anwälten durch das Armenrecht aufgebürdet ist." In der That zieht ein soziales Unrecht das andere nach sich. Eine konsequente und gerechte Abhülfe wäre m. E. nur dann gegeben, wenn man v. Weinrich folgte. Dieser verlangt und zwar völlig mit Recht, daß der Staat den Armenanwalt besoldet. Der Staat erweist im Armenrecht eine soziale Wohlthat und die Gerechtigkeit fordert, daß er solche Wohlthat aus eigenen Mitteln bestreite und nicht ohne irgend welchen sozial gerechtfertigten Grund einem bestimmten Stande, den Anwälten, die entsprechende wirthschaftliche Last auferlege. Vom Anwalt erwartet man, daß er sein munus nobile keinen Augenblick verleugne, setzt ihn aber schonungslos einem rein geschäftlichen Wettbewerb aus und belastet ihn ohne irgend welchen inneren Grund zu Gunsten bestimmter Volksklassen durch das Armenrecht. Wenigstens dies letzte Kreuz sollte man ihm von den Schultern nehmen. Ob dazu Aussicht, wer weiß es, aber ein soziales Unrecht darf nicht todtgeschwiegen werden. Der zwischen die „Mühlsteine Großkapitalismus und Proletariat" gerathene Mittelstand ist überhaupt zu bescheiden. Sollte der Staat seiner Pflichten sich nicht erinnern, so schafft der hier vorgeschlagene Zwangsvergleich wenigstens in dem Sinne Hülfe, daß er die Anwälte vor unnützer Arbeit bewahrt. Die Armenprozesse, für welche ihnen nicht gedankt wird, bleiben ihnen erspart und darin liegt immerhin einiger Gewinn.

Hoffentlich ist der versuchte Nachweis geglückt, daß unser Armenrecht sehr reformbedürftig ist und hoffentlich werden die gemachten Vorschläge ihren Zweck erfüllen. Ich verhehle mir nicht, daß die heutige Strömung ihnen im Allgemeinen entgegen ist, jedoch entbindet ein solcher Umstand nicht von der Pflicht, alle Einseitigkeiten zu bekämpfen. Das soziale Recht, freudig zu begrüßen und sorgsam zu

pflegen, ist wie die ihm entsprechende Geistesströmung noch nicht abgeklärt und in Gefahr ein verkehrtes Bette sich zu wühlen, beide fordern daher die Kritik geradezu heraus. Dies war für mich der prinzipielle Grund, dem Armenrecht in seiner jetzigen Gestalt Opposition zu machen, es galt die Gefahren einer Strömung zu zeigen, welche unsere Zukunft beherrschen wird, ein nothwendiges Entwicklungsferment von seinen Schlacken zu reinigen.

Mit den hier gemachten Vorschlägen, welche sich, was den Zwangsvergleich anbetrifft, immer auf den Prozeß vor dem Amtsgericht beziehen, wird nur ein Theil, aber hoffentlich der größte Theil des Uebels beseitigt. Ist das Landgericht in erster Instanz zuständig, sollen die vorgeschlagenen Reformen nicht Platz greifen. Hier steht ihnen auch die innere Berechtigung weniger zur Seite, denn die Natur des Anwaltsprozesses wird im Allgemeinen es nicht so leicht machen, eine Klage vom Zaun zu brechen, wie es vor dem Amtsgericht möglich ist. Darum wird vor dem Landgerichte das Armenrecht auch nicht so leicht zu einer Prämie auf den Schwindel und auf die Rechthaberei ausarten. Ueberdies ist regelmäßig der Werth der Streitobjekte so hoch, daß der Sachlage ein Endurtheil mehr entspricht als ein Vergleich und die Gegner der armen Parteien werden in den meisten Fällen den kapitalkräftigen Klassen angehören. Das Prozeßpublikum ist eben vor dem Landgerichte ein anders als vor dem Amtsgericht und darum ist ein Schutzbedürfniß nicht vorhanden. Arme Leute haben in der Regel keine hohen Summen u. s. w. zu fordern, andererseits wird Niemand sie wegen solcher belangen, und man soll keine Bestimmungen treffen, die praktisch nie zur Anwendung kommen.

Zum Schluß erlaube ich mir einige formulirte Vorschläge.

§ 471a. Gegen eine Partei mit Armenrecht darf der

Gegner, nachdem er ohne Erfolg einen von dem Richter gebilligten Vorschlag zu einem freiwilligen Vergleich gemacht hat, auf Zwangsvergleich antragen. Auf Grund dieses Antrages hat der Richter nach billigem Ermessen einen Vergleich festzusetzen und kann dabei aus rechtfertigenden Gründen über den Klagantrag einer Partei hinausgehen, sofern dieselbe mit dem Zugesprochenen überhaupt einverstanden ist.

§ 471b. Die arme Partei kann den Vergleich in einer Frist von zwei Wochen, nachdem derselbe erlassen ist, mittelst Widerspruch anfechten.

§ 471c. Ist der Widerspruch zulässig, so wird die Prozeßlage vor dem Zwangsvergleich wieder hergestellt und die arme Partei verliert das Armenrecht für alle Instanzen.

§ 482a. War in erster Instanz ein Zwangsvergleich erlassen und von der armen Partei mittelst Widerspruch angefochten, so kann dieselbe als Berufungsbeklagte in einer entsprechend § 484 zu bemessenden Frist ihren Widerspruch zurücknehmen. Dadurch wird die durch den Zwangsvergleich geschaffene Prozeßlage wiederhergestellt.

§ 541a. Die Bestimmungen dieses vierten Buches finden auch auf den Zwangsvergleich entsprechende Anwendung.

§ 88 Absatz 3. Vorstehende Bestimmungen finden auch auf den Zwangsvergleich entsprechende Anwendung.

Dies wären die Grundzüge der vorgeschlagenen Reform, die weniger wichtigen Einzelheiten werden hier übergangen. Ihre Regelung ergibt sich nach dem angenommenen Grundprinzipe von selber und wir brauchen daher auf das Nähere nicht einzugehen.

V.

Besprechungen der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Mitgetheilt von

Herrn Dr. Cretschmar, Staatsanwalt
in Düsseldorf.

II.

§ 259. Die Nichtigkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages, also seine Unfähigkeit irgend welche rechtliche Wirkung, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz zu erzeugen, giebt als Grundsatz zu Bedenken keinen Anlaß. Die Thatsache, daß eine Leistung unmöglich ist, rechtfertigt für die Regel jedenfalls die Annahme, daß das Vertrauen auf ihre Möglichkeit, wenn auch nicht leichtfertig, so doch gegenüber von Umständen und Verhältnissen geschah, welche bei richtiger Würdigung dieses Vertrauen beeinträchtigt haben würden. Da wird sich denn der, welchem die Leistung versprochen wurde, nicht beklagen dürfen, wenn er versäumt hat, sich ein nach Lage des Falles dem vorsichtigen Vertragschließenden naheliegendes ausdrückliches Versprechen der Garantie für die Möglichkeit der bedungenen Leistung geben zu lassen; eine Zusage, die im Einzelfalle nach den Umständen übrigens schon in dem Versprechen der Leistung an sich wird gefunden werden können.

Der Absatz 3 dieses Paragraphen erscheint aber entbehrlich. Was die nur theilweise Unmöglichkeit der Leistung

anlangt, so folgt das in Absatz 3 Gesagte ohne Weiteres aus dem § 112; und die Motive heben auch seltsamer Weise hervor, daß „eine besondere Vorschrift über den Einfluß nur theilweiser Unmöglichkeit des Leistungsgegenstandes im Hinblick auf die allgemeine Vorschrift des § 114 (§ 112) entbehrlich" sei. In Hinsicht der wahlweisen Verbindlichkeiten aber ist davon auszugehen, daß wo der Schuldner das Wahlrecht hat, sich seine Leistungspflicht ohne Weiteres auf die allein mögliche Leistung concentrirt (§ 222); und der erübrigende Fall der Wahlberechtigung des Gläubigers wird zweckmäßig in dem Abschnitte über die wahlweisen Verbindlichkeiten geregelt, wie dies oben bei § 222 unter Nummer 25 bereits Gegenstand eines Abänderungsvorschlages gewesen ist.

Es wird deshalb vorgeschlagen den Absatz 3 zu streichen an seiner Stelle aber, zur Vermeidung der „entsprechenden Anwendung" in § 261 zu sagen:

„Diese Schadensersatzpflicht tritt unter den gleichen Voraussetzungen auch dann ein, wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt."

§ 260. Die Gültigkeit eines Vertrages, der für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich werde, bei Eintritt dieser Möglichkeit, bedarf keiner besonderen Deklaration. Es handelt sich da lediglich von einem Sonderfalle einer aufschiebenden Bedingung, welcher einfach nach den, das in Absatz 1 ausgesprochene Ergebniß liefernden, allgemeinen Regeln über die aufschiebende Bedingung zu beurtheilen ist.

Absatz 2 aber ist nicht bedenkenfrei, wenn er die unter einer „anderen" aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochene Leistung für den Fall wirksam versprochen sein läßt, daß die Unmöglichkeit „vor" dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben worden ist. Es könnte fast als Silbenstecherei erscheinen, daß aus dem Wörtchen „vor" gefolgert werden könne, daß die Unmöglichkeit im Zeitpunkte der Lieferungs-

pflicht gleichgültig sei, wenn die Leistung nur in irgend einem zwischenzeitlichen Augenblicke möglich gewesen sei; und doch lassen die Motive keinen Zweifel darüber, daß der Vertrag „nicht unwirksam“ sein soll, „wenn die Unmöglichkeit zur Zeit der Erfüllung der Bedingung wieder besteht“. Die aus dem „vor“ gezogene Folgerung ist also beabsichtigt; kann aber nicht gebilligt werden. Nach §§ 128, 133 entscheidet allein der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Termins über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, die Zwischenzeit, in welcher der Schuldner die vorübergehend mögliche Leistung gar nicht anbieten darf, hat völlig auszuscheiden, und so kann der von § 260 übrig bleibende Absatz 2 nur dann gebilligt werden, wenn die Worte „nicht vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird“ ersetzt werden durch die Schlußworte:

„wenn die Unmöglichkeit im Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung oder des Termins gehoben ist.“

Die Bestimmungen der §§ 262—264, insbesondere auch die in Absatz 2 des letzten dieser Paragraphen aufgestellte Beschränkung des Verbotes des Vertragsschlusses über einen Nachlaß können nur gebilligt werden. Bedenklich dürfte nur sein, ob § 262, indem er von der Uebertragung eines Bruchtheils handelt, hinreichend klar ausdrückt, daß diese Bestimmung sich nur von aliquoten Theilen des ganzen Vermögens und nicht von einzelnen, wenn auch im Verhältnisse zu dem Ganzen erheblichen Vermögensobjecten versteht, beispielsweise dem Antheil an einem Geschäfte, dessen Theilhaber der Uebertragende ist. Der Ersatz des Wortes „Bruchtheil“ durch „ideeller Theil“ würde den Sinn der Bestimmung vielleicht unbedenklicher klarstellen, aber sprachlich nicht recht annehmbar sein. Es soll deshalb nur eine andere Fassung angeregt und vorgeschlagen werden nach dem Vorgange des § 602 des Oesterreichischen Gesetzbuches zu sagen:

„Ein Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen in Bezug auf das Ganze bestimmten Bruchtheil desselben zu übertragen" u. s. w.

§ 265 erfordert für den Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, also den obligatorischen Immobiliarvertrag im Gegensatze zu dem dinglichen Vertrage, also der Eigenthumsübertragung selbst, der Auflassung — § 828 —, die gerichtliche oder notarielle Form; bestimmt aber andrerseits, daß der ohne Beobachtung dieser Form geschlossene Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig sein solle, wenn die Auflassung und die Eintragung in's Grundbuch nachfolge. Diese Bestimmung entspringt der Besorgniß, daß der kleine Bauer einer erschwerten Form zur Veräußerung seines Grundbesitzes bedürfe, um vor übereilten leichtfertigen Verkäufen und insbesondere vor der Uebervortheilung durch sogenannte Güterschlächter geschützt zu sein. Zunächst dürfte doch davon auszugehen sein, daß der Bauer an seinem Besitze erfahrungsgemäß mit äußerster Zähigkeit haftet, daß aber wenn er einmal sich mit dem Gedanken vertraut gemacht hat, ein Grundstück zu verkaufen, ihn der Weg zum Notar oder Gericht von seinem Entschlusse wohl nur in ganz vereinzelten Fällen zurückbringen kann. Sodann aber macht Absatz 2 den Absatz 1 nicht nur illusorisch, sondern die Verbindung beider Bestimmungen erzeugt gerade eine Gefährdung der Interessen des kleinen Grundbesitzers, wie sie die Gültigkeit des formlosen obligatorischen Vertrages keineswegs in gleichem Maße befürchten läßt. Die notarielle oder gerichtliche Form stellt gerade für den Verkauf kleiner und minderwerthiger Grundstücke, die in einzelnen Gegenden oft weniger werth sind als die Gebühr des Notars beträgt, eine solche Erschwerniß dar, daß der verkaufsbereite Grundbesitzer sehr erfreut sein wird, von seinem geschäftsgewandten

Käufer zu hören, daß die Auflassung diese kostspielige Solennität doch entbehrlich mache, indem ja mit derselben der ganze Vertrag so gültig werde, als ob er notariell oder gerichtlich geschlossen sei. Weshalb da noch die Kosten aufgewendet werden sollen, wird der Verkäufer nicht einsehen; die mündliche oder privatschriftliche Verabredung wird getroffen; aber nun steht es, da diese gar keine Wirkung auch nicht den Anspruch auf Auflassung erzeugt, dem Ankäufer völlig frei, ob er zur Auflassung schreiten, oder aber mit der gutgläubigen Gebundenheit des Verkäufers spekuliren will. Giebt sonach der § 265 selbst die Möglichkeit, formlos unter der Voraussetzung nachfolgender Auflassung über Grundeigenthum gültig zu verfügen, so kann die ganze Forderung der Solennität auch für den obligatorischen Vertrag neben der feierlichen Form des dinglichen Vertrages, der Auflassung, nicht gebilligt werden. Die absolute Erkennbarkeit und Sicherheit des Verkehrs mit Immobilien wird durch das Grundbuch ausreichend gewährleistet. Noch weitere Solennitäten stehen aber füglich nach der heutigen wirthschaftlichen Lage nicht nur nicht mehr im Verhältnisse der Immobilar- zu den Mobilarwerthen, sie widerstreiten auch Treu und Glauben, welche verlangen, daß eine vertragliche Abrede nicht dadurch gebrochen, daß nach mündlicher Uebereinkunft das Uebereingekommene nicht dadurch über den Haufen gestoßen werden darf, daß der eine Contrahent Abschluß der solennen Form weigert, oder angesichts besserer Vertragsgelegenheit mit einem Dritten zur notariellen Veräußerung desselben Gründstücks schreitet, welches er kurz vorher einem Andern aufzulassen beredet hat. Mit der notariellen oder gerichtlichen Form tauchen aber auch alle die vielen Prozeßgestalten: notarielle Form auch der Vollmacht eines zum Abschlusse eines solchen Vertrages Bevollmächtigten, notarielle oder gerichtliche Form bei Gesellschaftsverträgen, in welchen der Gesellschafter sich verbindet,

Immobilarvermögen einzubringen, notarielle Form von Auseinandersetzungen über einen Nachlaß, zu welchem ein auch noch so kleines Grundstück gehört, Gültigkeit von Verträgen auf Abschluß des notariellen oder gerichtlichen obligatorischen Vertrages u. s. w. wieder auf. Daß bei werthvollen Objecten die notarielle oder gerichtliche Form von den Parteien selbst vorbehalten werden wird, liegt auf der Hand; sie gegen den Willen der Parteien zu fordern, bedeutet ein nicht zu billigendes, den Verkehr mit unnützen Kosten belastendes plus über die durch das Grundbuch gewährleistete und allein anzuerkennende Forderung hinaus, daß das Grundeigenthum leicht und sicher für Jedermann erkennbar sein muß.

§§ 266—270. Diese Bestimmungen über die nach billigem Ermessen eines der Vertragschließenden oder eines Dritten zu bestimmenden Leistungen zeichnen sich vor Allem durch Schwerfälligkeit und eine Anzahl Selbstverständlichkeiten aus; in einigen Punkten können sie aber auch nicht gebilligt werden.

Wozu soll es (§ 266 Absatz 2) erforderlich sein, besonders zu sagen, daß die von einem der Vertragschließenden zu treffende Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile erfolge? wer sollte auf den Gedanken kommen, daß dies in anderer Weise geschehen könne? — Weshalb ferner beläßt man es nicht für die Wirksamkeit dieser leistungsbestimmenden Willenserklärung bei den allgemeinen Vorschriften der §§ 107 ff.? Sollte es etwa billig erscheinen, die irrige und deshalb sofort widerrufene Bestimmung auch dann als bindend gelten zu lassen, wenn dem andern Vertragstheile vorher schon oder spätestens gleichzeitig der Widerruf derselben zugeht? Sollte es da einer Anfechtungsklage bedürfen, die in ihren Voraussetzungen übrigens keiner besonderen Normirung an dieser Stelle bedarf.

Weshalb die Unterscheidung der Grade von Erkenn-

barkeit der Unbilligkeit bei der von einem der Vertragschließenden einer- und der von einem Dritten andrerseits zu treffenden Bestimmung? Die eine kann schlechthin als unbillig, die andere nur dann als solche gescholten werden, wenn sie o f f e n b a r unbillig ist; wobei zu bemerken, daß hier von dem Falle nicht die Rede ist, wo die Leistung durch das freie Gutdünken, das arbitrium merum, des Dritten bestimmt wird (§ 270 Absatz 2). Die „offenbare" Unbilligkeit ist offensichtlich die Uebersetzung des „évidemment contraire à l'équité" des Artikels 1854 C. C., welcher aber die beiden Fälle gleichmäßig normirt. Die Bestimmung muß durch Urtheil in allen Fällen geschehen, wo die von dem Vertragschließenden oder dem Dritten getroffene Seitens des oder der Contrahenten als unbillig angefochten wird. Es würde eine Häufung der Prozesse bedeuten, wollte man, im Falle das Gericht die angefochtene Bestimmung der Leistung billigt, nur auf Abweisung der Klage erkennen lassen. Endlich ist § 267 völlig entbehrlich. Wie die Motive mit Recht feststellen, entspricht es allgemeiner Vekehrssitte, daß die Bestimmung der dem Umfange nach nicht beredeten Gegenleistung im Zweifel demjenigen Theile zusteht, der dieselbe zu fordern hat. Ist dem aber so, dann bedarf es einer besonderen Satzung nicht, welche diese bei Auslegung des Vertrages von selbst maßgebende Verkehrsanschauung wiederholt und welche doch auch nur „im Zweifel" gilt. Deshalb wird an Stelle dieser Paragraphen folgender einziger Paragraph vorgeschlagen:

§ 266.

„Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden oder durch einen Dritten bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Die einem Dritten überlassene Bestimmung ist getroffen, wenn sie gegenüber e i n e m der Vertragschließenden erfolgt ist.

Wird die Bestimmung als unbillig angegriffen, so erfolgt die Festsetzung durch Urtheil. Das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird, oder wenn der Dritte, der sie zu treffen hat, sie nicht treffen kann oder will. Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrthums, Betruges oder Zwanges ist gegen den andern Vertragschließenden zu richten.

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Uebereinstimmung derselben erforderlich; soll jedoch eine Summe bestimmt werden, so ist bei Bestimmung verschiedener Summen die Durchschnittssumme maßgebend.

Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert."

§ 272 giebt dem zur Vorleistung Verpflichteten das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung oder Stellung von Sicherheit zu verweigern, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages eine wesentliche, den Anspruch auf die „Gegenleistung gefährdende Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des andern Theils eingetreten ist".

Die Einfügung dieser Bestimmung bedeutet an sich schon eine den Anschauungen des Verkehrs und den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechende erhebliche Verbesserung. Allein sie erscheint noch nicht hinreichend. Die Ablehnung des Antrages, die Bestimmung auch auf den Fall auszudehnen, daß die Verhältnisse des einen Theiles schon zur Zeit des Vertragsschlusses und zwar ohne, daß der Andere dies wußte, oder leichtsinnig verkannt hätte, derart waren, daß er sich bei richtiger Würdigung derselben zur Vorleistung nicht verpflichtet haben würde, kann nicht als ausreichend gerechtfertigt erscheinen durch die Erwägung, daß es sich um einen nicht zu beachtenden Irrthum im Beweggrunde

handle. Dieses Argument würde an sich ja geeignet sein die ganze Bestimmung zu beseitigen. Denn der Vertragsschluß wird auch in den vom Entwurf betroffenen Fällen meist in der Unterstellung erfolgen, daß die wirthschaftliche Basis des andern Theiles derart gegründet sei, um sie von etwa eintretenden ungünstigen Ereignissen nicht so erschüttert werden zu lassen, daß Gefahr des Verlustes von Leistung und Gegenleistung zu besorgen wäre. Wirthschaftlich aber dürfte der Umstand, ob die Verschlechterung erst später eintritt, oder aber die schlechte Vermögenslage erst später erkannt wird, erheblich verschieden nicht erscheinen können. Die Verweisung auf die Möglichkeit von Erkundigungen vor dem Vertragsschlusse ist theoretisch vielleicht gerechtfertigt. Praktisch aber ist sie kaum von ausschlaggebender Bedeutung, wenn man bedenkt, wie der geschäftliche Verkehr es der Regel nach völlig ausschließt, den, der ein Geschäft zu machen wünscht, vorher um Darlegung seiner Vermögenslage anzugehen, und wenn man ferner bedenkt, daß der Gewerbtreibende auch bei aller Sorgfalt auf Auskünfte befreundeter Firmen Auskunftsbureaus &c. angewiesen ist, deren oft nicht zutreffende Informationen er seinen Entschlüssen zu Grunde zu legen gezwungen ist. Ausschlaggebend aber muß für alle Fälle der wirthschaftliche Gesichtspunkt sein, daß es eine nur vom starren Rechtsgedanken, nie aber von Treu und Glauben zu billigende Forderung ist, es solle Jemand Angesichts der Thatsache, daß sein Vertragsgegner ihm die Gegenleistung nicht machen kann, verpflichtet sein, die eigene Leistung ohne jede Garantie aufzuopfern. Deshalb wird unter Weiterentwicklung des bereits vom Entwurfe als richtig erkannten Grundsatzes vorgeschlagen, den § 272 wie folgt zu fassen:

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt, oder Sicherheit für sie geleistet wird, wenn zur Zeit der Fälligkeit die Ver-

mögensverhältnisse des andern Theiles derartig schlechte sind, daß der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist, es sei denn, daß er die schlechte Vermögenslage kannte oder kennen mußte."

§ 273 weicht von § 365 des Entwurfs erster Lesung insofern erheblich ab, als er den Absatz 2 desselben ganz gestrichen hat. Derselbe bestimmte, daß im Falle der Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug bezw. zur Leistung nach Empfang der Vorleistung der Kläger die ihm gebührende Leistung ohne vorherige oder gleichzeitige Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung fordern könne, wenn und so lange der Beklagte sich im Verzuge der Annahme befinde. Nach Anmerkung 1 Seite 80 des Entwurfs sollte sodann dem Einführungsgesetze eine Bestimmung eingefügt werden, wodurch die Civilprozeßordnung dahin ergänzt wird, daß vollstreckbare Ausfertigung des erlassenen Urtheiles ertheilt wird, ohne den Nachweis, daß der Beklagte die ihm gebührende Leistung empfangen hat, oder sich im Verzug der Annahme befindet.

Was zunächst diese Ergänzung der Civilprozeßordnung betrifft, so wird es derselben im Falle der Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug überhaupt nicht bedürfen, denn in diesem Falle muß der Gerichtsschreiber ohnehin die Vollstreckungsklausel ohne den Nachweis der Gegenleistung ertheilen; würde doch die gegentheilige Forderung des Gerichtsschreibers den Zug um Zug verpflichteten Kläger unberechtigter Weise zur Vorleistung zwingen. Der Gerichtsvollzieher ist es vielmehr, dem der Beweis der Leistungsbereitschaft des Gläubigers geführt werden muß, welcher zu diesem Behufe der Vollstreckung beiwohnen, oder den Gerichtsvollzieher, der freilich dazu nicht verpflichtet ist, ersuchen kann, die Leistung in seinem Auftrage gleichzeitig zu bewirken.

Anders liegt die Sache, wenn der Kläger vorzuleisten

hat, und der Beklagte im Verzuge war. In diesem Falle würde eine Ergänzung der Civilprozeßordnung, wonach der Gerichtsschreiber, trotzdem die Verurtheilung auf Leistung nach Empfang der Vorleistung ergangen ist, sich um diese Vorleistung gar nicht zu kümmern habe, doch in hohem Grade bedenklich erscheinen. Denn die Zwangsvollstreckung hat lediglich und allein den Urtheilstenor zur Grundlage, und wenn einmal die Verurtheilung ausdrücklich auf Leistung nach Empfang der Vorleistung ergangen ist, dann dürfen civilprozessuale Bestimmungen nicht ermöglichen, den urtheilsmäßigen materiellen Rechtsspruch nach der einen oder anderen Seite zu alteriren.

Diese Materie ist in der That nicht ohne praktische Schwierigkeit. Allein es dürfte davon auszugehen sein, daß in beiden Fällen, handle es sich um Leistung Zug um Zug oder um Leistung gegen Vorleistung, der Annahmeverzug des Gläubigers zur Voraussetzung hat, daß die Leistung ganz und gar, wie sie geschuldet war, thatsächlich angeboten worden ist, und zwar rechtzeitig, kurz so daß ihre Annahme erfolgen mußte. — Vergl. §§ 250 ff. — Stellt das Gericht aber solchen Verzug fest, hat also der Beklagte die Gegenleistung unberechtigter Weise anzunehmen verweigert, dann dürfte es doch in sich durchaus gerechtfertigt erscheinen, dem Kläger, welcher Alles gethan hat, um die Gegenansprüche des Beklagten zu befriedigen, einfach das Recht auf nackte Verurtheilung desselben zu der diesem obliegenden Gegenleistung zuzusprechen, anstatt den Anspruch des Klägers von der Voraussetzung der Empfangnahme seiner gleichzeitigen, bezw. vorherigen Leistung durch den Verurtheilten abhängig zu machen, und dann den Gerichtsschreiber doch zu ermächtigen, sich um diese Voraussetzung nicht zu kümmern. Der Verurtheilte wird dann freilich, wenn der Kläger etwa, nachdem Jener sich annahmebereit erklärt, nun seinerseits die ihm obliegende Leistung weigert, genöthigt sein, ander-

weit zur Klage zu schreiten; allein sein Verzug war es doch, der seinen Vertragsgegner ebenfalls zur Klage zwang; sodann aber würde dieses Ergebniß, im Falle die vom Enwurf vorgesehenen Bestimmungen Gesetz werden sollten, nicht minder eintreten.

Deshalb wird vorgeschlagen:

„§ 273. Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem andern Theile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der Beklagte zur Erfüllung Zug um Zug zu verurtheilen ist.

War der Beklagte in diesem, wie auch in dem Falle, daß der Kläger vorzuleisten hat, im Verzuge der Annahme, so kann dieser Verurtheilung des Beklagten zur Leistung ohne Rücksicht auf die ihm obliegende Gegenleistung verlangen."

§ 274. Die Worte „in Folge eines . . . . zu vertretenden Umstandes" dürften wie in §§ 233, 236 besser durch die Jedem verständlichen Worte „in Folge Verschuldens" zu ersetzen sein. Im Falle nur theilweiser Unmöglichkeit, und wenn der Vertragsgegner, wozu er nach §§ 112, 223 im Zweifel nicht verpflichtet ist, die Theilleistung annimmt, mindert sich der Anspruch auf die Gegenleistung „nach Maßgabe des § 392." Der Hinweis auf § 392 läßt nun eine ganz besondere Art der Reduktion erwarten. Statt dessen aber erfährt man aus § 392, daß die Minderung im Verhältnisse des Gesammtwerthes der bedungenen Leistung zu dem Werthe des noch möglichen Theiles derselben zu erfolgen habe, und daran hätte wohl Niemand gezweifelt, wenn er nicht durch jenen Hinweis auf die Vermuthung gekommen wäre, es stehe in § 392 etwas Anderes.

Die bereits bewirkte, aber nach den voraufgehenden

Bestimmungen nicht geschuldete Gegenleistung stellt nach §§ 737 ff. eine ungerechtfertigte Bereicherung dar. Deshalb kann man sie auch so nennen, und nicht nur das Rückforderungsrecht „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" aussprechen. Jedenfalls ist das Erstere kürzer und das Nachschlagen der §§ 737 ff. bleibt dem, der diese Bestimmungen nicht kennt, bei beiden Fassungen nicht erspart. Deshalb wird als § 274 vorgeschlagen:

> „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einem Theile obliegende Leistung ohne ein Verschulden beider Theile unmöglich, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung, sofern nicht der andere Theil Herausgabe des etwa für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangt.
>
> Bei theilweiser Unmöglichkeit und wenn der Ersatz oder Ersatzanspruch den Werth der geschuldeten Leistung nicht erreicht, vermindert sich die Gegenleistung verhältnißmäßig.
>
> Die hiernach nicht geschuldete, aber bereits bewirkte Gegenleistung kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden."

§ 277 giebt im Falle des Ausbleibens der bedungenen Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage dem andern Theile das Recht, eine Nachfrist zu bestimmen und nach deren fruchtlosem Ablaufe vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn der Nichtleistende „im Verzuge", d. h. (§ 241) das Unterbleiben der Leistung auf sein Verschulden zurückzuführen ist. Wenn diese Bestimmung nicht gebilligt, und vorgeschlagen wird, von der Voraussetzung des „Verzuges" abzusehen, so sind dafür weniger rechtliche als wirthschaftliche Gesichtspunkte maßgebend. In erster Linie ist davon auszugehen, daß jedem Vertragschließenden an dem Erhalten der Leistung zur

Zeit der Fälligkeit im Zweifel erheblich gelegen ist. Die Verträge sind bestimmt, vorhandene, oder vorausgesehene Bedürfnisse zu befriedigen, und wenn sie nicht inne gehalten werden, ist der, welcher auf die erwartete Leistung angewiesen ist, in der Regel genöthigt, vielleicht unter großen Aufwendungen anderweite Deckung seines Bedarfs in Eile zu suchen. Ein wenig ersprießliches Ergebniß des § 277 in der vorliegenden Fassung würde es nun sein, wenn der im Rückstand gebliebene Theil noch nach längerer Zeit Abnahme seiner Leistung und Bezahlung fordern könnte, unter dem einfachen Hinweise darauf, daß die Leistung derzeit ohne sein Verschulden unterblieben sei. Das erste Erforderniß einer für Handel und Verkehr so außerordentlich einschneidenden Bestimmung muß die sein, möglichst schnell Klarheit in die Lage zu bringen, und beiden Theilen eine sichere Grundlage zu weiteren geschäftlichen Maßnahmen zu bieten. Das ist in § 277 aber nicht gewährleistet. Das einzig Sichere, womit ich hier beim Ausbleiben der erwarteten Leistung rechnen kann, ist die Nichtleistung. Zu einer schleunigen Untersuchung, weshalb die Leistung nicht erfolgt, fehlt in der Regel Gelegenheit und Zeit. Nehme ich Verzug an, stelle die Nachfrist und erkläre nach Ablauf derselben von der Erfüllung absehen, vielmehr zurücktreten, oder Schadenersatz fordern zu wollen, und suche meinen Bedarf durch Abschluß anderer Verträge zu decken, so bin ich doch immerhin nicht sicher, daß mein Vertragsgegner die Nichtleistung später auf nicht von ihm verschuldete Umstände zurückführt, und ich nach langer Zeit von Rechtswegen genöthigt werde, die für mich zur Zeit völlig unnütz gewordene Leistung anzunehmen. Mit Recht ist in den Berathungen der zweiten Lesung hervorgehoben, daß die bei Gelegenheit des großen Bergarbeiterstreiks auf Grund des Handelsgesetzbuches zu Gunsten der Kohlenlieferanten gefällten Erkenntnisse in der Handelswelt Befremden erregt haben.

Daß auf diese Weise der Lieferant unter Umständen ohne Verschulden zu Schaden kommen kann, ist nicht zu bestreiten; aber dieser Erwägung steht vollwerthig die andere gegenüber, daß doch gewichtigere Gründe dafür sicherlich nicht sprechen, den Bezieher den Schaden tragen zu lassen. Ausschlaggebend für den Vorschlag, den Verzug nicht maßgebend sein zu lassen, ist aber der Gedanke, daß nur so beide Theile klare Bahn für den weiteren Weg erhalten können, der Besteller durch Abschluß anderweiter Deckungsverträge, der Lieferant, indem er seine Waare anderwärts zu verwerthen sucht. Deshalb wird vorgeschlagen:

§ 277. „Unterbleibt bei einem gegenseitigen Vertrage die dem einen Theile obliegende Leistung zur Zeit der Fälligkeit, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung derselben eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Erfolgt die Leistung innerhalb der Frist nicht, oder nur theilweise, und hat die theilweise Erfüllung kein Interesse für ihn, so ist er berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten, oder, sofern Verzug vorliegt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen."

Absatz 2 bleibt.

§ 278. Wenn der Gläubiger sich bereit erklärt, die nachträgliche Leistung seines im Verzuge gewesenen Schuldners anzunehmen, worauf der Schuldner nach den Bestimmungen des § 278 kein Recht hat, so ist er gewiß in der Lage, sich mit demselben vorher über Ersatz des etwa ihm aus der Verspätung der Leistung erwachsenen Schadens vorher zu einigen. Thut er das nicht, oder konnte er den Eintritt eines solchen Schadens zur Zeit der Annahme der Leistung noch nicht voraussehen, dann giebt ihm § 278 anders wie Artikel 357, 354, 355 des Handelsgesetzbuchs einen Anspruch auf Ersatz solchen Schadens nicht, und das muß

als eine Lücke empfunden werden. Deshalb wird vorgeschlagen, den Absatz 2 wie folgt zu fassen:

„Ist der Schuldner im Verzuge, so kann der Gläubiger, sofern er nicht von dem Vertrage zurücktritt, Erfüllung neben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern."

§ 280. Der Titel vom Versprechen der Leistung an einen Dritten stellt ein Zugeständniß der Gesetzgebung an eine blühende moderne Theorie dar. Die Anschauung, daß der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage zweier Personen und ohne sein Zuthun Rechte erwirbt, ist bisher nur in der Wissenschaft vertreten; und ihre Nichtverwirklichung in irgend einer auch der modernen Legislationen läßt an dem Bedürfnisse für einen solchen Rechtssatz füglich zweifeln. An sich betrachtet, erscheint es gewiß einleuchtender, daß ein Vertrag Rechte und Pflichten nur für die Contrahenten begründet, daß aber der Dritte, zu dessen Gunsten in dem Vertrage stipulirt ist, erst in dem Augenblicke unmittelbar berechtigt wird, wo er auf Aufforderung der Vertragschließenden erklärt, die ihm ausbedungene Leistung annehmen zu wollen, und daß bis dahin der, welcher die Leistung an den Dritten bedungen hat, freie Hand behält. Unmittelbarer Rechtserwerb des Dritten d. h. also, ohne daß die Contrahenten mit ihm in Verbindung getreten sind, mag sich allerdings vollziehen bei Verträgen, aus welchen mit dem Tode des einen Vertragschließenden für andere Personen Rechte erwachsen, bei Erbverträgen, bei Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter, und bei den bäuerlichen Instituten der Gutsübernahmeverträge, in welchen für den Ehegatten und die Descendenz Rechte ausbedungen werden. Von letzterem Falle abgesehen tritt dieser Rechtserwerb des Dritten mehr in die Kategorie des Erwerbes auf Grund letzten Willens. Mag man aber auch das Bedürfniß nach einer allgemeinen

gesetzlichen Aussprache der Möglichkeit des unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten nicht bestreiten, so ist doch so viel sicher, daß im Einzelfalle der Vertrag allein dafür ausschlagend ist, ob ein unmittelbarer Rechtserwerb des Dritten gewollt ist oder nicht; und daß wir aus dem vorliegenden Paragraphen etwas Anderes, also etwa eine Ergänzung des etwa nicht bestimmt erkennbaren Vertragswillens auch nicht erfahren. In wieweit insbesondere Absatz 2 des § 280 geeignet sein sollte, irgendwie „bestimmte Anhaltspunkte für die Feststellung der auf unmittelbare Berechtigung des Dritten abzielenden Parteiabsicht zu geben", ist durchaus nicht zu verstehen. Denn daß die Auslegung des Vertrages „nach den Umständen insbesondere nach dem Zwecke des Vertrages zu beurtheilen" ist, daran wird kein Laie, geschweige denn ein Richter zweifeln. Mit solchen Selbstverständlichkeiten ist Nichts gewonnen. Soll also ausgesprochen werden, daß es möglich sei, durch Vertrag einen Dritten unmittelbar zu berechtigen, so mag dagegen, also gegen Absatz 1 des § 280 Nichts einzuwenden sein, der Absatz 2 aber ist völlig selbstverständlich, und deshalb zu streichen.

§ 283. Dieser Paragraph enthält außer der in ihrem Werthe mehr als zweifelhaften Bereicherung unseres Sprachsatzes durch das Wort „Versprechensempfänger" im Absatz 2 die nicht unbedenkliche Anerkennung der Rechtswirksamkeit von Verträgen zu Gunsten noch nicht geborener Personen, und zwar gleichgültig, ob sie bereits empfangen sind oder nicht. Also das Recht aus dem Vertrage zu Gunsten Dritter soll sich unmittelbar an Personen knüpfen können, die gar nicht existiren, ja von denen fraglich ist, ob sie jemals existiren werden. Diese Bestimmung erscheint unvereinbar mit § 1 des Entwurfs, wonach die Rechtsfähigkeit eines Menschen erst mit der vollendeten Geburt, also nicht einmal mit der Empfängniß beginnt. Es mag darauf hingewiesen werden, daß alle bestehenden Gesetzgebungen, so

das gemeine Recht — L 1 § 8 D. 38, 8. L 6, 7, 8 D. 38, 16 —, das Landrecht — I, 12 §§ 527, 529 —, der Code Civil — Art. 906 zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangene Personen als nicht erbfähig ausschließen, eine Thatsache, deren Gewicht ohne Weiteres einleuchtet. Der Entwurf §§ 1813, 1868, 1869 läßt freilich abweichend hiervon letztwillige Verfügungen zu Gunsten noch nicht empfangener Personen zu, vorausgesetzt, daß dieselben wenigstens innerhalb 30 Jahren nach dem Tode des Erblassers geboren werden. Ob dies zu billigen, ob nicht die für das bestehende Recht maßgebenden, vorwiegend ethischen Gesichtspunkte das Festhalten an dem Bestehenden angezeigt erscheinen lassen, mag hier dahin gestellt bleiben. Jedenfalls aber dürfte dem Bedürfnisse, für solche Personen sorgen zu können, abgesehen von den besonderen Instituten der Familienfideicommisse und Stiftungen, durch letztwillige Verfügung ausreichend abgeholfen werden können, ein Bedürfniß nach Verträgen, aus welchen erst zu zeugende Individuen unmittelbar berechtigt sind, ist nicht anzuerkennen. Deshalb wird vorgeschlagen:

> § 283. „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode dessen, der dieselbe ausbedungen hat, erfolgen, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung mit dessen Tode.“

§ 285 bestimmt die Folge der Zurückweisung der Leistung Seitens des Dritten lediglich negativ in dem Sinne, daß dieselbe in diesem Falle als von dem Dritten nicht erworben zu gelten habe. Was aus der Leistung selbst in solchem Falle wird, bleibt dem Vertrage überlassen.

Daß der Vertrag, wenn er diesen Fall vorsieht, zu befolgen ist, unterliegt keinem Zweifel. Dies gilt aber von dem ganzen Abschnitte, dessen Satzungen überhaupt nur den Zweck haben, da dispositiv ergänzend einzutreten, wo der Vertrag schweigt. Manche Leistung wird nun nur dem

Dritten gegenüber möglich sein, so daß die Leistung als unmöglich in solchem Falle ohne Weiteres in Wegfall kommt. Allein die Regel wird es sein, daß die für den Dritten stipulirte Leistung lediglich die auf diesen ganz oder theilweise übertragene Gegenleistung aus dem Vertrage ist, so daß man wohl davon ausgehen darf, daß der Vertragschließende im Falle der Weigerung des Dritten nicht auf die Leistung verzichten, sondern dieselbe an sich zurückziehen will.

Deshalb wird vorgeschlagen:

§ 285. „Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht zurück, so ist im Zweifel derjenige Vertragschließende, welcher die Leistung bedungen hatte, berechtigt, dieselbe für sich zu fordern."

Die Arrha, die Daraufgabe ist ein, abgesehen vom Dingen der Dienstboten, Hauderer oder Dienstleute, so selten zur Anwendung gelangendes Rechtsinstitut, daß ihm fast zu viel Ehre geschieht, wenn es in vollen drei Paragraphen behandelt wird. Sie ist keineswegs mehr wie bei den Römern allgemein als Zeichen der Perfektion des Vertrages üblich. Wo sie aber noch üblich ist, da wird der Richter ihre Bedeutung kennen, und sie bei Auslegung und Handhabung der Verträge nach der über sie bestehenden Verkehrssitte ohne Weiteres verwerthen können und müssen.

Soll aber dieses Institut gesetzliche Regelung erfahren, so wird darauf Gewicht gelegt, daß dies in engem Anschlusse an den Artikel 285 des Handelsgesetzbuchs geschieht, und statt §§ 288 und 289 gesagt wird:

§ 288. „Wird bei der Schließung eines Vertrages etwas als Daraufgabe gegeben, so gilt dies als Zeichen des Abschlusses des Vertrages.

Die Daraufgabe gilt nur dann als Reugeld, wenn dies vereinbart oder ortsgebräuchlich ist. Sie ist, wenn nichts Anderes vereinbart, oder ortsgebräuchlich ist, zurückzugeben, oder in Anrechnung zu bringen."

§§ 292, 293. Auch hier wird engerer Anschluß an die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, also Artikel 285 desselben gewünscht und deshalb vorgeschlagen:

§ 292. „Der Schuldner ist im Zweifel nicht berechtigt, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien.

Die Verabredung einer Konventionalstrafe schließt im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadensersatz nicht aus."

Bei dieser Fassung kann Satz 2 des § 293 von selbst als seinem Inhalte nach aus dem letzten Absatze des vorgeschlagenen § 292 sich ergebend wegfallen.

§ 295. Der neu eingeführte Rechtssatz der Möglichkeit, die Konventionalstrafe als „unverhältnißmäßig hoch" auf einen angemessenen Betrag herabsetzen zu lassen, kann als eine Verbesserung des Entwurfs nicht gelten. Dieser Satz würde die Stipulirung einer Conventionalstrafe geradezu unnütz machen; und der Umstand, daß das Gesetzbuch in diesem wichtigen Punkte sich in Gegensatz zu dem Handelsgesetzbuche stellen will, obwohl gerade der Handelsverkehr das eigentliche Gebiet der Konventionalstrafe ist, muß schon allein ein schwerwiegendes Bedenken bilden. Wird der § 295 Gesetz, so ist die Stipulirung einer Conventionalstrafe mit der Grundsteinlegung zu einem Prozesse völlig gleichbedeutend. Denn der Verpflichtete kann immer hoffen, daß ein Richter die Strafe zu hoch befinden und herabsetzen werde; und wenn man gegen den Einwand, daß dadurch die Vertragsuntreue befördert wird, darauf hinweist, daß der deutsche Richter einen zu weit gehenden Gebrauch des Ermäßigungsrechtes nicht erwarten lasse, so ist das immerhin eine Erwartung, die im Allgemeinen vielleicht nicht unbegründet, die aber denn doch ein viel zu unsicherer Faktor ist, als daß nicht der Einzelne im einzelnen Falle eine Herabsetzung seiner Ansprüche als unverhältnißmäßig hoch erfährt, weil der Richter

im besten Glauben, die Verhältnisse richtig und sachkundig zu überschauen, einen Maßstab anlegt, der ganz und gar nicht paßt.

Von dieser Vorschrift sind für das allgemeine wirthschaftliche Leben nur Nachtheile zu erwarten, und deshalb wird vorgeschlagen, diese Bestimmung ganz zu streichen (S. dagegen in diesem Archiv Bd. 73, S. 379 fg.).

§ 298. Nach diesem Paragraphen ist der Titel vom „Rücktritt" zunächst nur für die Fälle des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes gegeben. In den sämmtlichen von gesetzlichen Rücktrittsrechten handelnden Bestimmungen — vergl. §§ 276—279, 382, 403, 574 — sind nun direkt oder indirekt oder durch „entsprechende Anwendung" eines anderen Falles des gesetzlichen Rücktritts die Bestimmungen vom vertraglichen Rücktrittsrechte ohne Weiteres oder „entsprechend" für anwendbar erklärt. Es ist nun nicht verständlich, weshalb man nicht statt dieser vielen schwerfälligen Verweisungen den Titel vom Rücktritt von vorn herein so faßt, daß er unmittelbar für beide Kategorien gilt, da es doch einleuchtet, daß der, dem der Rücktritt vom Vertrage, sei es kraft Parteiwillens, sei es kraft Gesetzes zusteht, über den Inhalt dieses Rechtes in dem Titel vom Rücktritt Belehrung suchen wird.

Der Rücktritt setzt die Parteien in die Lage zurück, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre, und zwar, anders wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung von Anfang, nicht erst vom Augenblicke des erklärten Rücktritts an. Wenn § 298 dies so ausdrückt, daß die Parteien unter einander so verpflichtet sein sollen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre, so ist das nicht wohl logisch, denn wäre der Vertrag nicht geschlossen, so wären die Parteien eben gar nicht einander verpflichtet, während der Rücktritt doch die Verpflichtung der Restitution, der Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet.

Deshalb wird vorgeschlagen, den Absatz 1 des § 298 wie folgt zu fassen:

Ist durch Gesetz oder Vertrag einem Theile der Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, den früheren Rechtszustand wiederherzustellen.

§§ 301, 302. Diese Bestimmungen, wonach der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen sein soll, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist, daß dies vielmehr nur dann geschehen soll, wenn Untergang oder Verschlechterung auf ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten zurückzuführen ist, entsprechen der Billigkeit und den Anschauungen des Verkehrs in keiner Weise. Der Ausnahmefall des eigenen Verschuldens des Rücktrittsberechtigten ist praktisch ziemlich bedeutungslos, jedenfalls durchaus in den Fällen, wo der den Gegenstand Leistende der Rücktrittsberechtigte ist. Denn in allen diesen Fällen steht ihm die Möglichkeit, auf den Gegenstand einzuwirken, der Regel nach in keiner Weise zu. Aber die Ausnahme muß zur Regel erweitert werden. Wenn feststeht, daß die zurückzugewährende Sache untergegangen, oder so verschlechtert ist, daß sie an Werth wesentlich verloren hat, dann sind die Voraussetzungen des Rücktritts vom Vertrage nicht mehr vorhanden. Nehmen wir das Beispiel, daß Jemand eine Maschine für eine Explosivstoffe herstellende Fabrik kauft, unter dem Vorbehalte, vom Vertrage zurücktreten zu können, falls er eine in Aussicht stehende Staatslieferung nicht erhält. Dieser Fall tritt ein, mittlerweile hat aber eine Explosion ohne nachweisbares Verschulden einen Theil des Etablissements und mit ihm die Maschine zerstört. Hier würde es doch jedem Rechtsgefühle widerstreiten, wenn der Käufer durch Erklärung des Rücktritts den andern Theil zwingen könnte, ihm den Kaufpreis zurückzuzahlen, obwohl er die Maschine nicht zurückerhalten kann. Auch der zum Rücktritt berechtigte Verkäufer kann in die übelste Lage kommen. Macht er von dem ihm freistehenden

Rücktrittsrechte Gebrauch, weil er befürchtet, der Käufer werde die noch ausstehenden Kaufpreisraten nicht leisten, erklärt also den Rücktritt, und die gelieferte Maschine ist, wenn auch ohne Verschulden, so doch durch gewaltige Inanspruchnahme unter ungünstigen Verhältnissen nahezu werthlos geworden oder gar völlig vernichtet, so ist er, wenn er diese Sachlage erfährt, trotzdem nicht berechtigt, von seiner Rücktrittserklärung abzugehen. Und obwohl er das von ihm gelieferte Object entweder werthlos oder auch garnicht zurückerhält, muß er noch die bereits empfangenen ersten Anzahlungen auf den Kaufpreis zurückerstatten. Das sind Consequenzen, die für sich sprechen, und die vom Entwurf angenommenen Grundsätze klar genug als verfehlt erkennen lassen. Gerade ihr direktes Gegentheil ist allein mit Treu und Glauben vereinbar, deshalb wird in Uebereinstimmung mit Allg. Land-Recht I, 5, § 327, C. C. a. 1647 vorgeschlagen:

§ 301. War eine bestimmte Sache geleistet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn dieselbe untergegangen, wesentlich verschlechtert oder durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet ist, es sei denn, daß der Untergang oder die Verschlechterung Folge ihrer mangelhaften Beschaffenheit gewesen wäre.

§ 304. Wenn der zu § 298 gemachte Vorschlag gebilligt, der Titel also von vornherein auch auf die gesetzlichen Fälle des Rücktritts gestellt wird, so bedarf § 304 einer dem entsprechenden Abänderung. Dabei ist davon auszugehen, daß der durch das Gesetz gestattete Rücktritt vom Vertrage stets, sei es an den Eintritt eines Ereignisses, so Unmöglichkeit der Leistung — §§ 276—279 — oder Ablauf einer Frist, Leistungsfrist — §§ 382, 403, 574 — geknüpft ist. Deshalb kann für die Fälle des gesetzlichen Rücktritts die zeitliche Zulässigkeit unschwer bestimmt werden, wobei von dem für Handel und Verkehr so wichtigen Grund-

satze ausgegangen wird, daß das Verhältniß alsbald klargestellt, der Rücktritt unverzüglich erklärt sein muß. Deshalb wird vorgeschlagen:

§ 304. Wird das Rücktrittsrecht durch Eintritt eines Ereignisses begründet, so erlischt seine Ausübung, sofern es nicht unverzüglich ausgeübt wird, nachdem das Ereigniß erfolgt und zur Kenntniß des Berechtigten gelangt ist. Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechtes gesetzlich oder vertraglich eine Frist festgesetzt, so erlischt dieselbe mit Ablauf der Frist. Ist eine solche Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem andern Theile eine angemessene Frist bestimmt werden.

§ 311. Der Absatz 2 ist füglich zu entbehren. Es wird auf die unter Ziffer 16 zu § 153 gemachten Bemerkungen im Allgemeinen verwiesen, und wiederholt, daß es keiner Aussprache der Selbstverständlichkeit bedarf, daß die mit Einwilligung des Gläubigers an einen Dritten erfolgende Leistung der Leistung an diesen selbst gleichsteht; ebenso selbstverständlich ist es aber, daß die ohne des Gläubigers Einwilligung an einen Dritten erfolgende Leistung nur im Falle nachheriger Genehmigung Erfüllung werden kann. Ueber diesen Fall wird aber Jedermann von selbst in dem Titel „Einwilligung, Genehmigung", das Nöthige suchen und finden.

§ 316 Absatz 1 enthält eine wesentliche Verbesserung des Entwurfs. Schon die kürzere Verjährung der Zinsen (§ 164), dann aber auch das ganze wirthschaftliche Verhältniß, in welchem die Accessorien zu der Hauptschuld stehen, mußten dazu führen, eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf Kosten und Zinsen, dann erst auf die Hauptschuld anzurechnen. Ueberflüssig, ja geeignet, den Schuldner zu einem den richtigen Grundsatz des Absatz 1 beeinträchtigenden anderen Anrechnungsversuche zu verleiten, ist aber der zweite Absatz, der übrigens nur die Selbstverständlichkeit zum Inhalte hat,

daß es bei einem anderweitigen unter Gläubiger und Schuldner beredeten Anrechnungsmodus kraft Parteiwillens sein Bewenden habe.

§ 320. Der Schlußsatz des § 271 des ersten Entwurfs ist als selbstverständlich gestrichen. So anerkennenswerth das Bestreben ist, Selbstverständliches nicht noch besonders auszusprechen, so möchte doch gerade hier nicht der rechte Platz zu einer Streichung sein. Die Annahme, daß der Mortifikationsschein ein Accessorium der Quittung und als solches nach §§ 317, 318 vom Schuldner zu bezahlen sei, liegt nicht so fern, als daß sie nicht gegebenen Falles dazu führen könnte, dem Schuldner auch diese Kosten aufzuerlegen, welche als durch den Gläubiger verursacht, wie dies ja auch der Entwurf will, nur von diesem zu tragen sind.

§§ 331 ff. Die in diesen Paragraphen normirte Aufrechnung hat auf dem Wege zur vollkommenen Entwicklung ihres wirthschaftlichen Prinzips Halt gemacht, obwohl der völligen Ausbildung des Gedankens irgendwie Schwierigkeiten nicht im Wege stehen. Das Prinzip der Aufrechnung ist dies, daß der Gläubiger die gleiche Befriedigung erhält, wenn ihm das Geschuldete ausgezahlt, als wenn ihm gestattet wird, einen entsprechenden Vermögenswerth, den er seinem Schuldner als seinem gleichzeitigen Gläubiger herausgeben müßte, zu behalten. Wozu soll ich Jemandem 100 Mark baar bezahlen, wenn ich zu gleicher Zeit 100 Mark oder mehr an ihn zu fordern habe, wozu soll ich mein Geld aus der Hand geben, und abwarten, ob mich der Andere für meine Forderung befriedigen will oder kann? In allen Rechten hat dieses Prinzip, wenn auch verschieden, Verwirklichung gefunden. Nach gemeinem Rechte werden beide Forderungen außer durch ausdrücklichen Aufrechnungsvertrag durch die Compensationseinrede im Prozesse aufgehoben, aber so, als seien die beiden Forderungen schon vom Zeitpunkte ihres Gegenüberstehens aufgehoben gewesen. Auch das Land-

recht läßt beide Forderungen bis zur Geltendmachung der Compensationseinrede unangetastet gegenüberstehen; wird diese Einrede aber geltend gemacht, so wirkt sie ebenfalls zurück auf den Moment, wo die jüngere Forderung entstanden ist. Anders das rheinische Recht. Artikel 1290 des B. Ges.-Buches sagt: „La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives“.

Nach dem Entwurfe — § 332 — vollzieht sich die Aufrechnung „durch Erklärung gegenüber dem andern Theile“. Er unterscheidet sich also von den vorbesprochenen beiden ersten Gesetzgebungen dadurch, daß die Aufrechnung nicht prozessualer Geltendmachung, sondern nur einfacher auch außergerichtlicher Erklärung bedarf. Es kann nun wohl nicht bezweifelt werden, daß das Prinzip der Aufrechnung allein im französischen Recht zur vollkommenen Durchbildung gelangt ist, und der Standpunkt der anderen Gesetzgebungen, wie der des Entwurfs inkonsequent jedenfalls insofern ist, als zu dem Gegenüberstehen der Forderungen erst noch eine weitere Thatsache hinzutreten muß, und dann im Wege der Fiktion die Wirkung dieser späteren Thatsache, der Einrede bezw. Erklärung, auf den früheren Zeitpunkt der Coexistenz der Forderungen zurückbezogen wird. Diese Inconsequenz aber entspringt lediglich der richtigen Erkenntniß des Princips, welches man auf diesem Umwege zur Geltung zu bringen sucht: „Auf denselben Weg“, sagen die Motive S. 109, „wurden auch die anderen Kodifikationen, soweit sie nicht auf dem Boden der strengen ipso iure Wirkung stehen, durch das Bedürfniß gedrängt“. Daß der Entwurf gegenüber dem gemeinen und preußischen Rechte einen Fortschritt bedeutet, soll nicht geleugnet werden. Dagegen ist es im höchsten Grade zweifelhaft, ob dieser Fortschritt große praktische Be-

deutung hat. In der Bundesrathscommission war man der Ansicht, daß in der außergerichtlichen einseitigen Aufrechnungserklärung dem Schuldner ein so einfaches und leichtes Mittel gegeben sei, die Ausgleichung rechtzeitig herbeizuführen, daß wenn er dies unterlasse, er sich die Folgen seiner Nachlässigkeit selbst zuzuschreiben habe. Dies setzt freilich voraus, daß Jedermann das neue bürgerliche Gesetzbuch kennt. Denn in Wirklichkeit denkt Niemand daran, eine solche Erklärung abzugeben. Jeder beruhigt sich in dem richtigen Rechtsgefühle, daß er dem Andern, der ihm das Gleiche oder Mehr schuldet, Nichts schuldig sei, und erst wenn dieser mit der Forderung an ihn herantritt, ihn gar verklagt, sieht er sich veranlaßt, die Gegenrechnung entgegen zu setzen. Die ausschlaggebende Bedeutung der Aufrechnungserklärung kann aber auch zu den ungerechtesten Folgen führen. Wenn ich, um bei einem schlechten Zahler zu meinem Gelde zu kommen, in Höhe meiner Forderung bei ihm Waaren kaufe, arbeiten lasse u. s. w., und zufrieden bin, so gedeckt zu sein, und wenn nach längerer Zeit der Andre auf's Neue von mir kauft, ich dann Zahlung verlange, und er mir ganz unerwartet erklärt, er rechne mit seiner Forderung für meinen früheren Waarenbezug, die mir gelieferte Arbeit u. s. w. auf, so ist trotz aller meiner Erklärungen, daß diese ja durch seine damalige Schuld compensirt seien, meine compensabel gewesene Forderung doch erloschen, weil seine Erklärung früher erging, und ich komme um meine, für jeden nach natürlichem Rechtsgefühle urtheilenden Menschen, rechtmäßige Forderung. Alle diese Erwägungen führen dazu, zu fordern, daß der Entwurf hinsichtlich der Aufrechnung den Standpunkt des rheinischen Rechts annehme, womit der hinsichtlich der Verjährung in § 334 Satz 2 gemachte Vorbehalt von selbst überflüssig wird. Daß die Parteien auf die Wettschlagung vorher oder nachher verzichten können, daß aber ein nachheriger Verzicht den

Bürgen, nachstehenden Hypothekargläubiger u. s. w. — vergl. §§ 708, 1092 des Entwurfs — nicht schaden darf, ist ein eunabweisbare Folgerung einerseits der mit der Thatsache des Gegenüberstehens der Forderungen eintretenden Aufrechnung, andrerseits des immerhin auch hier maßgebenden gegentheiligen Willens der Parteien. Das rheinische Recht stellt als Erforderniß der Compensation die Liquidität der Forderungen, das heißt die Voraussetzung auf, daß es einer Feststellung einer oder beider Forderungen durch Berechnung oder Beweis nicht bedarf. Der Entwurf sieht von diesem Erforderniß mit Recht ab. Sind die Parteien über Forderung oder Gegenforderung nicht einig, so liegt die Sache nicht anders wie bei jedem Rechtsstreite. Der Richter hat zu entscheiden, ob, wann und welche Gegenforderung der Forderung entgegengetreten ist, und mit dieser richterlichen Feststellung steht auch fest, wann und in welcher Höhe die Aufrechnung damals stattgefunden hat. Wenn der Entwurf — § 334 — Forderungen von der Aufrechnung ausschließt, welchen eine Einrede entgegensteht, so ist dieser Gedanke, soweit er sich auf die dilatorischen, der sofortigen Geltendmachung der Forderung entgegenstehenden Einreden bezieht, richtig, aber auch selbstverständlich, da § 331 die Einforderbarkeit beider Leistungen voraussetzt. Dahingegen erscheint es doch recht bedenklich, daß die Aufrechnung ohne Weiteres dadurch unmöglich gemacht werden kann, daß der Andere eine Einrede irgend welcher Art mit Grund oder ohne Grund, entgegensetzt, welche, weil sie nur der Forderung entgegensteht, die Compensation hindert. Ist die Einrede geeignet, die Forderung hinfällig zu machen, so ist eben die Compensation nicht eingetreten; ist sie aber unbegründet, so kann die Aufrechnung nicht dadurch gehindert werden, daß eine solche Einrede entgegenstand. Die §§ 335 Absatz 1 336—339 geben zu Bedenken keinen Anlaß. Die vorbehaltlich anderweiter Parteiabrede in Absatz 2 des § 335

aufgestellte Ausnahme erscheint aber gegenüber der völligen Wahrung der beiderseitigen Interessen durch den im Wesentlichen mit A. L.-R. I, 16 §§ 350, 351, C. C. art. 1296 übereinstimmenden Abs. 1 daselbst entbehrlich; § 340 endlich bedarf bei Annahme unseres Vorschlages wegen des Wegfalles der Erklärung entsprechender Abänderung.

Deshalb wird vorgeschlagen:

§ 331. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so erlöschen die beiderseitigen Forderungen in den sich deckenden Beträgen mit dem Zeitpunkte, wo Jeder der Beiden die ihm gebührende Leistung fordern, und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

§ 332. Durch besondere Verabredung kann eine Forderung der Aufrechnung entzogen, auch kann nach eingetretener Aufrechnung auf dieselbe unbeschadet inzwischen wohl erworbener Rechte dritter Personen verzichtet werden.

§ 340. Hat der eine oder der andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so vollzieht sich die Aufrechnung nach den über die Anrechnung der Zahlung in §§ 315 Abs. 2, 316 enthaltenen Bestimmungen.

§§ 347—354. Daß die Uebertragung einer Forderung sich zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber mit dem Abschlusse des Vertrages vollzieht, also dadurch, daß der Cedent erklärt, der Andere solle die Forderung als seine eigene haben, und dieser die Erklärung annimmt, folgt aus der Formfreiheit der Verträge, von welcher insoweit eine Abweichung nicht geboten ist. Neu ist es aber, wenn der Entwurf die im gemeinen, im Allgemeinen Landrechte, wie in unserm Rechte gegenüber dem Schuldner und dritten Personen die Inbesitznahme des neuen Erwerbers darstellende Uebergangsanzeige an den Schuldner, die Denunziation, die Signification für überflüssig erklärt, und jede irgendwie er-

langte Kenntniß des Schuldners genügen läßt. Die Motive meinen, dies werde: „der juristischen Konsequenz, wie den Ansprüchen des Lebens gerecht". In ersterer Richtung mag nur daran erinnert werden, daß der Entwurf diese Konsequenz bei der Uebertragung von Sacheigenthum nicht zieht, indem er da einen unter Uebergabe der Sache zu schließenden Vertrag — § 874 — verlangt. In letzterer Beziehung kann aber der vorberegten Selbstkritik durchaus nicht zugestimmt werden. Die Abtretung vollzieht sich ohne Mitwirkung des Schuldners. Dieser ist also der Gefahr ausgesetzt, an den alten Gläubiger zu zahlen, was er dem neuen Gläubiger schuldet, er kann sich gegen jenen mit Einreden vertheidigen, die ihm diesem gegenüber nicht zustehen, und gerade das Bestreben, dem Schuldner Einreden zu entziehen, ist häufig der Anlaß der Cessionen. Dritte Personen, insbesondere die Gläubiger des ursprünglichen Gläubigers, welche mit seiner Forderung als einem ihnen gegebenen Falles Befriedigung gewährenden Objecte rechnen, sehen sich der überraschenden Behauptung gegenüber, daß die Forderung vor längerer Zeit bereits auf einen Andern übertragen sei, und fraudulöse Cessionen gehören gewiß nicht zu den Seltenheiten. In letzterer Hinsicht gewährt der Entwurf irgend welchen Schutz überhaupt nicht. In ersterer Beziehung aber läßt er die irgendwie zu erweisende Kenntniß des Schuldners für den Beginn seiner Verpflichtuug dem neuen Gläubiger gegenüber als entscheidenden Moment gelten, von wo ab der Schuldner Vertheidigungsmittel gegen den alten Gläubiger mit Wirksamkeit gegen den neuen Gläubiger nicht mehr erwerben kann. Durch diese Neuerung ist nicht nur der Schuldner den größten Schädigungen ausgesetzt, sondern eine wahre Fundgrube der Prozesse geschaffen. Die flüchtige Mittheilung an den Schuldner auf der Straße, im Wirthshause Seitens des Gläubigers oder gar anderer Personen genügt, um ihm gegenüber die Cession wirken zu lassen. Wird die

Forderung gleichzeitig theilweise abgetreten, so erfährt er die eine Theilabtretung heute, die andere zufällig nach längerer Zeit, die dritte gar nicht; er muß die Tage dieser vielleicht ganz gelegentlichen Mittheilungen genau vermerken, damit er weiß, mit wem er, von wann u. s. w. ab er zu thun hat. Kurz er steht einer ganzen Menge von Unbilligkeiten gegenüber, die am Besten dadurch illustrirt werden, daß § 354 des Entwurfs die öffentlichen Kassen denselben entziehen will und hier Benachrichtigung mittels öffentlich beglaubigter Urkunde verlangt, obwohl die öffentlichen Kassen doch wahrlich stets so organisirt sind, daß hier noch am Wenigsten Nachtheile zu besorgen sind. Deshalb wird dringend gewünscht, daß die Wirkung der Abtretung dritten Personen, insbesondere dem Schuldner gegenüber an die Zustellung des Abtretungsvertrages oder einer Benachrichtigung des alten Gläubigers geknüpft wird. Wie dadurch eine Erschwerung der Uebertragung der Forderungen eintreten sollte, ist zumal bei den geringfügigen Kosten einer Zustellung nicht zu verstehen. Im Gegentheile, die Zuverlässigkeit und der Erfolg der Abtretung wird gerade dadurch allein gewährleistet; und diese Sicherheit dient der Erleichterung des Verkehrs mit Forderungen mehr als die unsicheren Verhältnisse, denen Cessionar und Schuldner bei Annahme der Vorschriften des Entwurfs ausgesetzt sind. Deshalb wird vorgeschlagen, unter Streichung der §§ 349—351 und § 353 als:

§ 349. Die Abtretung wird dritten Personen, insbesondere dem Schuldner gegenüber erst in dem Zeitpunkte wirksam, wo demselben Abschrift des Abtretungsvertrages seitens des alten oder neuen Gläubigers oder die schriftliche Benachrichtigung von der Abtretung Seitens des alten Gläubigers zugestellt worden ist.

§ 350 (statt § 352). Ist dem Schuldner der Abtretungsvertrag oder die Benachrichtigung von der Ab-

tretung zugestellt worden, so muß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber die Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht oder nicht wirksam erfolgt ist, bis er den Schuldner von der Richtigkeit der Abtretung durch Zustellung benachrichtigt hat.

§§ 363, 370. Wenn § 363 die aus dem Vorhandensein mehrerer Gläubiger oder mehrerer Schuldner sich ergebenden Rechtsverhältnisse, wenigstens was die Grundregel der Getheiltheit von Forderung oder Schuld anlangt, zusammen behandelt, so ist das zunächst ein Vorzug im Interesse der Uebersichtlichkeit des ganzen Rechtsinstituts, welchen man an anderer Stelle — vergl. zu § 364 — leider vermißt. Bei § 363 aber muß es befremdlich erscheinen, daß die, von dieser Grundregel für den wichtigsten Fall der auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnisse in § 370 statuirte, Ausnahme eben erst sieben Paragraphen später nachhinkt, nachdem inzwischen von anderen Rechtsfolgen der Gläubiger- und Schuldnermehrheit die Rede war, so daß man eine Ausnahme von § 363 überhaupt nicht mehr erwarten sollte. Was nun die materielle Seite dieser Ausnahmebestimmung angeht, so begünstigt sie, indem sie für die Vertragsschuldner Solidarhaftung im Zweifel gelten läßt, zweifellos den Gläubiger; sie steht im Gegensatze zu Artikel 1202, 1220 des Code civil, zum sächsischen Gesetzbuche (§§ 663, 1020, 1021) wie auch dem österreichischen Gesetzbuch (§§ 888, 889); und hat abgesehen vom deutschen Handelsgesetzbuche nur das Allgemeine Landrecht (I, 5 §§ 424, 425) zum Vorbilde. Allein da reichlich in ebensoviel Fällen der Wille der Parteien auf Gesammtschuldhaftung wie auf Theilhaftung gerichtet sein wird, da ferner der Gläubiger doch für die Regel die Modalität der Haftung der mehreren Schuldner bestimmt, da die Schuldner ebenso in der Lage sind, die Gesammtschuldhaft auszuschließen, wie heute der Gläubiger in obigen Rechtsgebieten in der Lage ist, das Versprechen der Solidarhaft

zu fordern, muß die stets wünschenswerthe Uebereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuche dazu führen, diese Ausnahmebestimmung als zutreffend anzuerkennen; sofern sie nur an die richtige Stelle gebracht, und als eine der wichtigsten — vergl. für Delictsschulden § 753 — Einschränkungen sofort bei der Grundregel erkennbar gemacht wird.

Deshalb wird vorgeschlagen, unter Streichung des § 370 dem § 363 als Absatz 2 beizufügen:

„Haben sich Mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer solchen Leistung verpflichtet, so haften sie im Zweifel als Gesammtschuldner".

§ 364 soll nur das Wesen des Gesammtschuldverhältnisses bestimmen. Es wird indessen als zweckmäßig empfunden, die Bestimmung auf das Rechtsverhältniß der Gläubigermehrheit auszudehnen, da nur so die als solche recht schwer verständlichen „entsprechenden Anwendungen" in § 371 Absatz 4 vermieden werden können. Deshalb wird vorgeschlagen, unter Streichung von § 361 Absatz 1 zu sagen:

„Sind die mehreren Schuldner Gesammtschuldner, so ist die Leistung nur einmal zu bewirken, der Gläubiger kann dieselbe nach seiner Wahl von jedem der Schuldner ganz oder zum Theil fordern, und bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämmtliche Schuldner verpflichtet.

Sind die mehreren Gläubiger Gesammtgläubiger, so ist die Leistung nur einmal zu bewirken, jeder Gläubiger ist berechtigt, die ganze Leistung zu fordern, der Schuldner kann nach seiner Wahl an jeden der Gläubiger auch dann leisten, wenn einer derselben bereits Klage erhoben hat".

§ 367, 368. Daß das Anerkenntniß eines Gesammtschuldners die zu Gunsten der übrigen Schuldner laufende Verjährung nicht unterbrechen soll, ist die nothwendige Folge der Selbständigkeit des Nebeneinanderstehens der mehreren

Schuldverhältnisse einerseits und andrerseits der mangelnden Aktivlegitimation des einen Gesammtschuldners, ein Schuldanerkenntniß für die Uebrigen abzugeben. Dahingegen dürfte der Umstand, daß der Gläubiger gegen einen der Gesammtschuldner Klage im Sinne des § 175 erhebt, ausreichend dokumentiren, daß der Gläubiger den Zustand der Nichterfüllung seines Anspruchs unangefochten weiter bestehen zu lassen, nicht gewillt ist; und diese Thatsache wird als genügend zu erachten sein, um seinen Anspruch, wie er erwachsen ist, allen Schuldnern gegenüber vor der Verjährung zu schützen. Diesem Gedanken ist im gemeinen Rechte (L. 5, C. 8, 40) im Allgemeinen Landrechte I, 5 § 440 wie auch im C. C. a. 2249 Rechnung getragen. Die Bestimmung des Entwurfs, daß die Klageerhebung nur die gegen den beklagten Schuldner laufende Verjährung unterbrechen solle, mag vielleicht dem Rechtsgedanken absoluter Trennung der zwischen dem Gläubiger und jedem einzelnen Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse strengste Rechnung tragen; allein praktisch sind doch vor Allem mit Rücksicht auf die Abkürzung der Verjährungsfristen die Bestimmungen des geltenden Rechts vorzuziehen. Wäre doch der Gläubiger, welcher einen seiner Schuldner ausklagt, weil er ihn für den leistungsfähigsten hält, bei etwa drohender Verjährung genöthigt, gegen alle übrigen ebenfalls Klage zu erheben, um im Falle er sich in der Zahlungsfähigkeit des Beklagten getäuscht, hat seine Forderung nicht gänzlich zu verlieren. Deshalb wird vorgeschlagen

a) zu § 367 hinzuzufügen:

„Die gegen einen Gesammtschuldner erhobene Klage unterbricht die Verjährung auch gegen die übrigen Gesammtschuldner.

b) in § 368 statt der Worte: „von der Verjährung deren Unterbrechung und Hemmung“ zu sagen:

„von der Hemmung der Verjährung und ihrer Unterbrechung durch Anerkenntniß“.

VI.

Die Idee des geistigen Eigenthums[1]).

Von

Herrn Prof. J. Kohler
in Berlin.

I. Die Idee des geistigen Eigenthums und ihre Konstruktion.

§ 1.

Eigenthum ist, was mir eigen ist, und eigen ist, was mir allein zugehört; dieser Gedanke hat die germanische Terminologie und Begriffswelt beherrscht. Zu eigen sein kann Alles, was nicht kraft seiner individuellen Selbständigkeit der Herrschaft des Einzelnen widerstrebt. Eigen kann daher ein Strumpfband sein, wie ein Steuerrecht, wie das Recht, meine Mauer auf das Nachbargrundstück zu legen. Und so kam der germanische Geist dazu, auch vom Eigenthum an sich selbst, vom Eigenthum am Namen, vom Eigenthum an geistigen Erzeugnissen zu sprechen; womit man nur das bezeichnen wollte, daß diese Dinge ihrem Träger zugehören, daß er ein alleiniges Recht hat, sie nach bestimmten Richtungen auszunutzen, auszubeuten und als ihr Herr aufzutreten.

---

1) Ein Theil der nachfolgenden Arbeit bildete den Gegenstand des Vortrages, den ich im Januar 1894 beim Stiftungsfest der rechtsvergleichenden Gesellschaft hielt.

Dieser Gedanke ist sehr fruchtbar gewesen. Von dem gesetzlich anerkannten Eigenthum, dem Eigenthum im eigentlichen Sinn, spannte man seine Fühler nach allen Seiten hin, und überall verstand man es, Befugnisse rechtlich zu fundiren, für welche es an einer gesetzlichen Bestätigung fehlte. Das Rechtsleben hat das unaufhaltsame Bedürfniß, daß seine Postulate verwirklicht werden, und die Verwirklichung dieser Postulate ist die Hauptaufgabe des Juristen. Damit spreche ich einen Satz aus, der so einfach als möglich erscheint und der doch Jahrzehnte und Jahrhunderte lang in Deutschland verkannt worden ist und verkannt wird.

Die starke theoretische Denkarbeit, welche die deutsche Jurisprudenz kennzeichnet, hat günstig und ungünstig gewirkt. Wir haben die Rechtsdogmatik in den letzten Jahren zu einer Entwicklung gebracht, wie sie kein anderes Land und keine andere Zeit aufzuweisen hat; wir können mit berechtigtem Stolze sagen, daß, wo bei manchen andern Völkern noch eine Art von jugendlicher Zerfahrenheit und Zügellosigkeit herrscht, bei uns ein männliches Ringen nach konstruktiver Beherrschung der Materie hervortritt und daß wir Anderes leisten, als Nationen, deren Jurisprudenz im Wesentlichen darin besteht, die Ergebnisse der Praxis zu registriren und zu ordnen.

Auf der andern Seite bringt uns die konstruktive Arbeit in Gefahr, die jugendliche Triebkraft des Rechts zu ersticken, an Stelle frischen kräftigen Behagens ein nörgelndes seniles Kleinwesen zu setzen, das Recht, wie es einmal ist, zu versteinern, so daß es uns als leblose Salzsäule anstarrt.

Wir waren nahe daran; die wenig fruchtbare Methode derjenigen Jahre, welche wir die Periode Vangerow-Windscheid bezeichnen können, krankt an einem Uebermaß des Theoretischen; erst in den letzten zwei Jahrzehnten ist der Bann gebrochen worden, und ich habe mit allen Kräften mitgerungen, ihn zu brechen.

Ein theoretisches Vacuum, welches uns gestattet, die Ergebnisse des Rechtslebens ohne jede Schranke naiv auf uns einwirken und unser Gefühl beeinflussen zu lassen, hat den Vortheil, daß das Rechtsbewußtsein in der Lage ist, die einmal gewonnenen Ergebnisse des Rechts auf verwandte Gebiete zu übertragen und Dinge zu erfassen, welche bisher nicht im Bereiche der rechtlichen Durchbildung gelegen waren. Denn bietet die Theorie dem Rechtsinhalte keine Schranken, so kann er seinen Blüthenstaub über die fernsten Gebiete breiten und Dinge rechtlich befruchten, die bisher dem juristischen Verstande fern gelegen waren. Und je weniger die Praxis das Recht geformt findet, desto mehr ist sie in der Lage, es so zu formen, wie es der Fortschritt des Volkslebens und der im Volksleben herrschende Geist erfordert.

Und so hat der Gedanke des geistigen Eigenthums fruchtbar gewirkt. In Zeiten, wo man nichts von Autorgesetzen wußte oder wo die Autorgesetze auf ihren nationalen Kreis beschränkt waren, hat der Gedanke des geistigen Eigenthum die Juristen und Nichtjuristen dahin geführt, die literarische Piraterie als ein Unrecht, als eine Art von Diebstahl zu betrachten und es als selbstverständlich zu erklären, daß der Autor der Herr seines Werkes sei. Verhältnißmäßig dürftig war es, was die Gesetzgebung seit dem 16. Jahrhundert bis in die neuere Zeit den Autoren bot; es war daher sehr erfreulich, daß die Idee hinzutrat, daß der Autor der Eigenthümer seines Manuscriptes oder seiner Ideen sei.

§ 2.

So ist der Gedanke des geistigen Eigenthums in der Menschheit aufgetaucht, und hunderte von Juristen, hunderte von Entscheidungen aller Länder wurden von dieser Idee durchtränkt; sie bildete eine geistige Kraft, die unsere Entwicklung mächtig gefördert hat.

Nun trat die konstruktive Theorie heran und kritisirte an dem Begriff des geistigen Eigenthums herum. Es ist nun eine hohe, ja mit eine der höchsten Aufgaben der theoretischen Wissenschaft, zu konstruiren, d. h. ein rechtliches Institut auf seine verschiedenen Actionen und Reactionen hin zu prüfen und die verschiedenen Actionsfähigkeiten und Wirkungsmöglichkeiten in einem Bilde zur Darstellung zu bringen. Alle unsere Konstruktionen haben es mit Bildern zu thun, welche uns die Eigenart des einzelnen Rechts zu leichterer Anschauung zu bringen haben. Wenn wir von Zusammenhängen, von Verknüpfungen, von Herrschaft, von Veräußerungen, von Uebertragungen sprechen, überall bedienen wir uns der Bildersprache, um das Recht in seinen Wirkungen zum Verständniß zu bringen. Das zu thun, ist eine hervorragende Aufgabe der Jurisprudenz; denn ein einziges Begriffsbild giebt uns tausende von Lösungen, und wir erlangen eine Sicherheit in der Erkenntniß des Rechts, wie sie vorher nie bestanden hat; ebenso wie die Mechanik, als die Prinzipien der Kinematik festgesetzt waren, sofort einen unabsehbaren Zuwachs an Beherrschungsmitteln der äußeren Natur erreicht hat.

Allein die Konstruktion darf nicht zu todter Begriffsverehrung werden; es hat eine Zeit gegeben, wo man die oft sehr unvollkommenen Konstruktionen als selbstständige Wesen betrachtete, die ein- und für allemal das Rechtsleben beherrschten; man hat geglaubt, es gäbe nichts im Recht, das nicht schon jetzt konstruirbar sei, es liege nichts außerhalb unseres heutigen Konstruktionsvermögens und im Begriff sei die ganze Welt enthalten. So entwickelte sich der Scholasticismus früherer Jahrzehnte. Ja, erkennt man denn nicht, daß die Begriffe nur die Schöpfungen unserer menschlichen Reflexion sind? Die Begriffe zu selbstständigen Wesen zu hypostasiren in der Art der Realisten des Mittelalters, das war doch nicht zeitgemäß! Denn wenn auch

hinter dem Realismus des Scotus Erigena und des Abälard eine tiefe Wahrheit steckt, so ist es doch eine ungeheure Uebertreibung, dasjenige, was wir aus der Wirklichkeit heraus abstrahiren, mit dem Urwesen der Dinge zu identificiren. Hat denn ein Occam, hat ein Buridan umsonst gelebt?

Sodann verkannte man, daß wir in der Konstruktion vielfach erst in den Anfängen stehen. Wir sind heutzutage weit entfernt von jenem Selbstbewußtsein einer früheren Zeit, die vermeinte, die Theorie habe das ganze Recht so erfaßt, daß die Praxis nur aus dem Füllhorn theoretischer Lehrbücher herauszuschöpfen habe, was sie brauche.

Denn daß wir in Vielem noch mit der Konstruktion im Rückstande sind und die Praxis ohne Konstruktion operiren muß, wer will das leugnen, der die moderne Wissenschaft überschaut? In der Prozeßwissenschaft haben wir die Konstruktion erst begonnen; in der Publicistik ist erst ein Rudiment der Konstruktion gegeben; und auf sehr wichtigen Gebieten des Privatrechts, z. B. auf dem Gebiet des Aktienrechts, der Inhaberpapiere, bewegen sich viele unserer Konstruktionen noch auf sehr jugendlichen Bahnen, und ebenso steht die Konstruktion so mancher germanischer Institute noch recht sehr im Anfangsstadium, weil es oft an historischem Sinn oder an konstruktivem Geiste gefehlt hat.

Endlich aber verkannte man wesentlich den Unterschied zwischen Natur- und Geisteswissenschaften. Die Natur hat auch ihre Geschichte, aber diese bewegt sich nach den ewigen Gesetzen, und sie bewegt sich, ohne daß hier das Prinzip des Niederen und Höheren zu durchgreifender Herrschaft gelangen kann. Aber der menschliche Geist hat seine Geschichte, die sich zwar auch nach den Grundgesetzen der menschlichen Organisation richtet; aber diese Grundgesetze führen zu so unendlich mannigfaltigen Ergebnissen und sind in ihrer Kombination einem so schnellen Wechsel unter-

worfen, daß wir wohl zu unterscheiden haben zwischen den Grundgesetzen der menschlichen Psyche, aus denen diese Resultate entspringen, und zwischen den sog. Prinzipien, d. h. den Konstruktionen, die sich ergeben, wenn wir diese Resultate wissenschaftlich verarbeiten: diese Konstruktionen müssen wechseln, wie sich das Recht wechselt, sie müssen neuen geistigen Formgestaltungen Raum geben. Die Konstruktion gleicht dem Begriffsbilde, das wir von der Pflanze geben: es wird ein anderes werden müssen, wenn die Pflanze im Laufe der Weltperiode eine andere geworden ist.

Die Konstruktion soll darum nicht zum Hemmschuh der Entwicklung werden; sie soll sich nie als unabänderlich erklären. Wenn wir das Eigenthum an Grund und Boden konstruiren, so ist dies eine Konstruktion für unsere Zeit; diese ist anders, als sie vor Jahrhunderten war, anders als sie nach Jahrhunderten sein wird: sollte ein Weltalter, das die Eingeweide der Erde durchwühlt, das die Wasserkräfte nach menschlicher Willkür gestaltet, das die Luft durchschifft und durch tausende von Drähten die Entfernungen überbrückt — sollte ein Zeitalter der Hygiene, der Obsorge für gesunde Wohnstätten — sollte ein solches Zeitalter etwa den nämlichen Eigenthumsbegriff an Grund und Boden haben, wie das Zeitalter eines Septimius Sever oder eines Karls des Kahlen?

Es konnte also keinen größeren Irrthum geben, als das Rechtsleben in die von der Wissenschaft einmal gegebenen Begriffe einzuengen, den Bestand des Rechts auf solche Weise contingentiren zu wollen. Das erinnert sehr deutlich an den Lehrer, der die Sonnenflecken ableugnete, weil er davon nichts im Aristoteles gelesen, oder den Blutumlauf verwarf, weil dies alle bisherigen Begriffe umstoßen würde.

Doch hat dieser Irrthum Jahrzehnte lang die deutsche Jurisprudenz beherrscht, und noch jetzt regen sich die Ausläufer der unrichtigen Lehre — aber das sind ihre letzten

Zuckungen. Als ich seiner Zeit die Idee aufstellte, daß die Richter sich schon tausendfach über die gegebenen Konstruktionen erhoben und damit ihrem Rechtsbewußtsein einen Ausbruchspunkt verschafft haben, daß gerade theoretischer Irrthum und Unklarheit das Mittel war, dem Rechtsfortschritte zu dienen, daß eine Jurisprudenz mit schlechten Gründen, aber guten Ergebnissen tausendfach einer schlechten Jurisprudenz mit regelrechten Begründungen vorzuziehen sei[2]), so hörte ich von vielen Seiten einen Schmerzensschrei, und dieser ist noch nicht völlig verstummt. Man hat den Schatten Windscheid's gegen mich aufgerufen; doch ich fürchte mich weder vor Todten noch vor Lebenden: mein einziges Ziel ist die Idee des Wahren und die Idee des wissenschaftlichen Fortschrittes. Als ich geltend machte, daß die Auslegung der Gesetze nach der Zeit wechseln müsse und daß man unmöglich etwa den Code civil so auslegen dürfe, wie er richtig in den 20er Jahren verstanden werden mußte, so rief mir ein ausländischer Rechtslehrer zu, ich sei zu weit gegangen: Vade retro. Und heutzutage finde ich die Idee bei einem so anerkannt vorsichtigen und gründlichen Forscher wie Regelsberger[3]) wieder.

§ 3.

Damit berühre ich einen zweiten Punkt, der mit dem scholastischen Zuge der vorigen Jahrzehnte zusammenhängt: ich meine die formale Ansicht vom Positivismus der Gesetze, wie sie von verschiedenen Richtungen geltend gemacht wird, wie sie auch theoretisch dahin aufgebauscht wurde, als ob unser ganzes Leben in Imperativen, Geboten und Verboten eingeschlossen wäre und diese eigentlich den Inhalt des

2) Vgl. Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 87 f.

3) Regelsberger, Pandekten I, S. 144: „Auch das Machtwort des Gesetzgebers entrichtet der Zeit seinen Zoll“.

Rechtslebens ausmachten; daraus entwickelte man einen schroffen haarscharfen Unterschied zwischen lex lata und lex ferenda.

Fürwahr ein seltsames Recht, das stets mit der Zuchtpeitsche aufwächst! Das Recht soll ja nichts außer uns, es soll etwas in uns sein: wir sollen es hegen und pflegen, wir sollen es als das erste Element der ganzen Kulturordnung ebenso in uns schließen, wie die Kunst und die Wissenschaft; und wenn die Rechtsordnung das Eigenthum und das Schuldrecht regelt, so werden wir Beides anerkennen, nicht weil das Recht seine Imperative ausspricht, sondern weil diese Institute mit unserem Kulturleben so verwachsen sind, daß jeder, der sie prinzipiell verneinen wollte, aus unserer Kulturordnung herausträte und sich selbst die Bedingungen der Existenz untergrübe. Daher darf auch das Gesetz nicht wie eine Verfahrensinstruktion betrachtet werden, die alles und jedes besagt, so daß der Richter nur der untergeordnete Schleppträger des Gesetzes wäre. Das ist eine ganz verkehrte, unjuristische Anschauung. Das Gesetz wirkt allerdings beherrschend auf die Rechtsordnung, aber nicht das Gesetz allein; auf die Rechtsordnung wirkt unsere ganze Lebensanschauung ein, und nichts wäre ungenügender, als ein Gesetzesrecht, das nicht aus unserer ganzen Welt- und Lebenserfahrung seine Ergänzung erhielte[4]). An tausend Stellen kann ein richtig gestaltetes Gesetz nur auf die Lebensverhältnisse und auf unsere Denk- und Gefühlsart verweisen. Was ist guter Glaube? was ist angemessene Sorgfalt? was ist entsprechende Sicherung? was ist übermäßige Belästigung? was ist Bereitwilligkeit zum Empfang? was ist voraussehbarer Schaden? wie weit ist der Schaden auf das bestimmte Ereigniß zurückzuführen? was ist Arbeits-, was Glücks-

---

4) Vgl. auch Molengraaff, Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschaft (1885); und vergleiche zum Folgenden namentlich Regelsberger, Pandekten I, S. 87 ff.

gewinn? In diesen und unzähligen andern Fällen darf das Gesetz nur auf die Anschauung des Lebens verweisen, die täglich wechseln kann. Ein Gesetz muß sich zu bescheiden wissen auf diejenigen Punkte, bezüglich deren eine feste Satzung angemessen ist, es muß dem Leben die nöthige Elastizität lassen, sonst drückt es an allen Ecken und Enden, wie ein Schuh, der nach keiner Seite nachgeben will. Und auch wo das Gesetz eine feste Untermauerung bietet, muß man immer berücksichtigen, daß kein Gesetz seine Linien lothrecht in das Leben hineinstellen kann, daß vielmehr auch die Worte des Gesetzes an dem Gesammtleben des Rechtes theilnehmen, so daß in der Auslegung bald zu-, bald abzugeben ist und der Gerichtsgebrauch hierbei wesentlich in Betracht kommt.

Aber auch insofern tritt das Rechtsleben hinzu, als es, mit den gesetzlichen Mitteln in der einen oder anderen Weise operirend, seine eigenen Pfade geht, ohne daß es vom Gesetzgeber gemeistert werden könnte. Der Gesetzgeber kann seine Institute dem Verkehre nur anempfehlen, nicht aufnöthigen; und da kommt es vor, daß manche Institute, die er geschaffen, von dem Leben zurückgewiesen, andere in ganz anderem Sinne verwendet werden, und daß durch Kombinationen und Klauselzusätze Dinge entstehen, an die kein Gesetzgeber denken konnte.

Das Rechtsleben hat einen viel reicheren Inhalt, als das Gesetz. Die Meinung, daß mit dem Gesetz das Recht beschlossen wäre, gleicht der Anschauung, als ob die Grundmauern und die Hauptgerüste eines Hauses das Haus vollenden und beschließen würden — ja, das wäre ein unbequemes und wenig behagliches Wohnen.

Die Uebertreibung, welche das Rechtsleben auf den Gesetzesgehalt reduciren will, ist verbunden mit dem obigen Scholasticismus; denn wie mit Begriffen, so wollte man mit Gesetzestexten das reiche Leben beschließen. Was dort die Hypostasirung der selbstgeschaffenen Begriffe, das ist hier

die Hypostase des Gesetzeswortes; als ob dieses nicht auch vom Menschengeiste geschaffen wäre! Daß Gesetz ist ein Theil und ein sehr bedeutsamer Theil unserer Rechtsordnung; aber es ist nicht so, als ob im Gesetz ein übermenschlicher Gehalt schlummerte, der unserer geistigen Verarbeitung entrückt wäre[5]). Das Gesetz arbeitet an der Gestaltung des Rechtslebens, aber es fordert uns zur Mitarbeit auf; wir Juristen haben den hohen Beruf, die vom Gesetze gegebene Hausmauer zum behaglichen Wohnhause aufzubauen, das naturgemäß nach den wandelnden und wechselnden Bedürfnissen und Anschauungen stets von Zeit zu Zeit einer Reparatur, einer Umgestaltung, einer neuen Zier bedarf. Das ist das große, erhebende unseres Berufes; unsere Thätigkeit kann nie stille stehen, jeder Tag hat seine Aufgabe. Und in dieser Thätigkeit werden wir stehen trotz der vielen Anfechtungen solcher, die sich nicht zur richtigen Anschauung durchgerungen haben.

§ 4.

Die Zeit des Scholasticismus ist also dahin; wäre er vor 40 Jahren nicht in Blüthe gestanden, das geistige Eigenthum hätte sich nicht durch so schwere Kämpfe hindurchringen müssen.

Es ist ja anzuerkennen, daß die Konstruktion, die man mit dem Ausdruck „geistiges Eigenthum" zu charakterisiren pflegt, außerordentlich viel zu wünschen übrig läßt. Der Begriff „Eigenthum" in dem Sinne des „Gehörens", des „Ein Recht habens" ist in einer fortgeschrittenen Technik der Jurisprudenz nicht gut verwendbar: denn es fehlt dem Begriff an der individualisirenden Reactionserregung. Das „Gehören" kann ja ein unendlich mannigfaltiges sein, vom

5) Das ist der Standpunkt des Orients; aber auch dieser, obschon dort theoretisch festgehalten, läßt sich gegenüber den Bedürfnissen des Lebens nicht durchführen.

„Gehören" des Namens bis zum „Gehören" des kleinen Fingers, bis zum „Gehören" der Wasserröhre, die mir das Wasser vom öffentlichen Brunnen in die Wohnung leitet. Es ist das ein Begriff so vielseitig und schillernd, daß mit ihm ebenso wenig zu bestimmten individualisirenden Konstruktionen zu gelangen ist, als etwa mit den Begriffen Wasser, Feuer, Luft und Erde, durch welche man ehedem die Dinge der Welt begreifen und charakterisiren wollte[6]). Das Autorrecht als Eigenthumsrecht nimmt sich etwa so aus, wie das Leuchtgas als Luft und die flüssige Kohlensäure als Wasser. Mit dieser Konstruktionsweise läßt sich auf die Dauer nicht durchkommen. Darum hat die deutsche Wissenschaft, geläutert durch die Schule des Römischen Rechts, welche dem Begriff dominium eine viel schärfere Fassung gab, als das deutsche Recht dem Eigenthum, diesen Begriff des Eigenthums eingeengt: nicht jede Art des Gehörens soll Eigenthum sein, sondern nur eine bestimmte Art: das Eigenthum soll nämlich ein Gehören sein von möglichst ausgiebiger Kraft, ein Gehören, über dem kein anderes Gehören gleicher Art steht, oder doch nur ein solches Gehören, das rechtlich außer Betracht bleiben kann. Auf solche Weise versuchte man, den schillernden Begriff des dominium utile einzuengen oder auszuweisen, allerdings nicht immer mit dem nöthigen Verständniß für das geltende Recht, mit dem man es zu thun hatte.

6) In dieser Weise kann man auch von einem Eigenthum der Welt an den Gedanken des Schriftstellers sprechen. So sagt Jacob Grimm: „Kein Schriftsteller kann die künftigen Erfolge und Erträge seiner Werke im Voraus überschauen, noch hat er, was von ihm eigentlich dem ganzen Publikum hingegeben wurde, auf immerhin ins Eigenthum des ihm zur Hand gegangenen Buchhändlers gewiesen: das Eigenthum der Welt ist das höhere und größere Ansprüche fließen daraus her, als sogar die Erben und Nachkommen besitzen." J. Grimm (Rede auf Schiller), Kleinere Schriften I, S. 397. Das ist sehr richtig, wenn man es nur im richtigen Sinne versteht.

Anderseits suchte man den Eigenthumsbegriff zu beschränken auf das Gehören an gewissen Arten von Gegenständen; denn die Art der Dinge hat ja den größten Einfluß auf ihre Wirksamkeit im Leben und damit auf die rechtliche Gestaltung; sie muß diesen Einfluß üben, wenn das Recht den Anforderungen des ökonomischen und ethischen Lebens nachkommen will: die Wasserwelle wie die Erdscholle, den Kinderballen wie die Turbine, und den Autorgedanken wie die Fensterscheibe behandeln, das wäre gewiß in keiner Weise empfehlenswerth und zuträglich. Man hat daher gut gethan, das Eigenthum auf das Gehören an körperlichen Sachen zu beschränken[7]); und auch hier mußte die Frage auftauchen, ob der Begriff nicht wieder zu differenziren sei etwa in den Begriff des Grundeigens und in den des Eigenthums an beweglichen Sachen: dies ist eine Frage der konstruktiven Zweckmäßigkeit, die allerdings auch mit dem Sprachgebrauch einigermaßen zu rechnen hat, da eine zu große Abweichung zwischen der juristischen Sprachweise und der Sprache des Lebens nicht zu wünschen ist — allerdings ein völliges Zusammenfallen dieser Bezeichnungsarten wird ebensowenig möglich sein, als der Gleichklang der botanischen und der vulgären Pflanzenbezeichnungen; aber eine allzu tiefe Kluft zwischen Leben und Wissenschaft ist nicht empfehlenswerth, sofern nur das Leben sich auch bei uns mehr mit juristischer Betrachtungsweise befassen mag, als dies bisher in Deutschland der Fall gewesen ist.

Man hat nun, trotz der großen Differenzirungen, in Deutschland daran festgehalten, den Begriff des Eigenthums gleichmäßig auf bewegliche Sachen und auf Grund und Boden anzuwenden, obgleich man immer mehr zur Anschauung kommt, daß die hergebrachte Vorstellung vom Eigenthum viel mehr mit dem beweglichen, als mit dem unbeweglichen Eigenthum zusammen-

7) Vgl. darüber meinen Aufsatz in Busch's Archiv f. Handelsrecht, B. 47, S. 172 f.

stimmt, und daß die Wissenschaft vielfach noch nicht die nöthige Umsicht bewiesen hat, um dieser Differenzirung gerecht zu werden; wäre sie durch eine differenzirende Terminologie unterstützt worden, so hätte man bisher die unterscheidenden Elemente viel mehr betont, dafür aber vielleicht die Momente des Gleichklangs und der Uebereinstimmung weniger beachtet.

So das bewegliche und das unbewegliche Gut. Die Wasserwelle in dem Eigenthumsbegriff unterzubringen und das Recht an Privatgewässern nach Art des Eigenthums zu konstruiren, ist bis jetzt nicht gelungen, und man wird gut thun, hier auf den Eigenthumsbegriff ganz zu verzichten und sich mit einem neuen verwandten Begriffe zu behelfen.

Daß aber der Eigenthumsbegriff an unkörperlichen Gütern zu Unzuträglichkeiten führen muß, wobei die Konstruktion jeden Augenblick gehemmt ist, wenn sie überhaupt der Sachlage gerecht werden will, leuchtet ein. Habe ich an musikalischen und poetischen Ideen das Zugehörigkeitsrecht, so gibt dieses Recht nothwendiger Weise eine andere Reihe von Befugnissen, als das Recht an einer Perlenschnur oder an einem Vogelkäfig; und schon der Umstand, daß der körperliche Gegenstand in seiner Begrenzung meist feststeht, während der Umfang der originalen Idee oft sehr schwierig abzugrenzen ist, macht eine solche Scheidung nöthig [8]). Denn das Autorgut ist nothwendig abzugrenzen, einmal gegenüber dem, was bereits an Ideen vorhanden ist, sodann gegenüber dem, was keinen künstlerischen Charakter in sich trägt, also gegenüber dem, was der normale wohlgebildete Mensch unserer Kultursphäre von sich aus ohne Schöpferkraft hervorzubringen vermag [9]). Hier von Eigenthum zu sprechen, ohne das Eigenthumsobjekt genauer zu bezeichnen, einfach das Gedicht,

8) Vgl. meine Abhandlung in Busch's Archiv f. Handelsrecht 47, S. 172f.

9) Vgl. auch Friedländer, Rechtsschutz gegen Nachdruck, S. 1f.

das Musikstück als Eigenthumsobjekt zu benennen ohne Rücksicht darauf, was alt, was neu, was original, was nicht original und was gewöhnlich ist, ist im höchsten Grade unzutreffend; und doch ist dies so ziemlich der Stand, auf dem die Doctrin in Frankreich und England steht; und auch in Deutschland waren wir bis vor 15 Jahren wenig über diesen Grad der Entwicklung hinaus gekommen. Diese unzulängliche Behandlungsweise mußte überwunden werden und ist überwunden worden [10]).

Wenn ich mich bemüht habe, hier Klarheit zu schaffen [11]), hinter der äußern Form die innere Form und hinter dieser das sog. imaginäre Bild aufzufinden, so mußte ich mir bewußt sein, auf Widerspruch zu stoßen. Und doch muß sich Jeder sofort überzeugen, daß hinter dem Kleide der Sprache etwas stecken muß, — da das Werk in der Uebersetzung oder Transscription zwar viel verlieren kann, aber doch noch seinen individuellen Kern behält —, und daß ein zum Schauspiel hergerichteter Roman immer noch seine Eigenart trägt, wenn auch die Darstellungsweise eine ganz andere ist, und ebenso das Gemälde, das im Kupferstich wiedergegeben wird [12]). Und während die Kunst nach einem durchgreifenden Schutze seufzt, insbesondere nach einem Schutze gegenüber den versteckten Nachmachungen, Utilisationen u. s. w., so glaubte man, das, was ich imaginäres Bild genannt habe, d. h. den inneren Charakter des Werkes, der bleibt, wenn

10) Auf dem französischen Standpunkte steht auch die fleißige Arbeit von Pappafava, A propos du caractère juridique et des vicissitudes historiques du droit de propriété sur les oeuvres de littérature et d'art (Uebersetzung von Clozel) 1887.

11) Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz (Mannheim 1892).

12) Das haben schon die Künstlerprivilegien des 16. Jahrhunderts erkannt; denn hier wurde hervorgehoben, daß das Bild in keiner Form der Reproduktion wiedergegeben werden dürfe. So das Privileg Karl des V. vom 18. Jan. 1550 für Hans Zeitblom (Busch's Archiv 47, S. 195).

wir uns die innere und äußere Form wegdenken, in die Mystik verweisen zu dürfen! Dies ist nur erklärlich, wenn man erwägt, wie sehr heutzutage die speculativen Studien in die Brüche gegangen sind. Ja, hat die Welt denn keinen Anklang mehr an die Untersuchungen der Denker, von den indischen Weisen an bis auf Plato, Baco und Schopenhauer über die Frage, ob nicht hinter der individuellen Sache die Idee der Sache lebt? Ist uns dieser Gedanke, die Wahrheit des sog. Realismus ganz abhanden gekommen? Und was bei den Schöpfungen der Natur zweifelhaft sein könnte, sofern die Frage auftaucht, in wieweit diesen Naturdingen ein geistiges Prototyp zu Grunde liege, das ist bei den künstlerischen Schöpfungen sicher: der Künstler, der durch seine Skizzen das Rohbild der in ihm schlummernden Ideenmacht zu Tage bringt, bekundet damit von selbst, daß dem fertigen Werke ein Vorbild zu Grunde liegen muß, um das sich erst die individuelle Gestalt herumlegt, die ihm der Künstler gibt. Also hier ist ein Prototyp, hier ist ein Kern, der bleibt, mag das Aeußere der Schöpfung verwandelt werden wie es will — das ist es, was ich imaginäres Bild genannt habe; und weil die philosophische Speculation Vielen weit abliegt, so habe ich dies mit einem chemischen Elemente verglichen, das in der Verbindung steckt, aber durch unsere Reagentien nicht rein, nicht außerhalb der Verbindung dargestellt werden kann. Die Einwürfe, die man gemacht hat, sind theilweise sehr sonderbar. Daß es schwierig ist, dieses Ideenbild zu charakterisiren und zu beschreiben, ist fürwahr kein Grund, hinter dieser konstruktiven Aufgabe zurückzuschrecken; und daß es im Ausdruck einfacher ist, vom Recht am Drama oder Roman zu sprechen und es im Uebrigen der Praxis zu überlassen, sich zurechtzufinden, kann uns nicht zurückhalten, den schmalen Pfad des wissenschaftlichen Fortschrittes zu betreten[13]).

13) Man sagt: das imaginäre Bild sieht man nicht, folglich

Im Uebrigen hat man sich theils an dem Worte „imaginäres Bild" gestoßen, theils an der Schwierigkeit, derartige Erörterungen mit Verständniß aufzufassen; aber auch das kann uns nicht im Mindesten stören. Denn daß es schwieriger ist, neuen Ideen zu folgen, als auf gewohnten Geleisen zu bleiben, ist wahrlich nichts Besonderes; ebenso ist es aber auch sicher, daß neue Ideen auch ihrer neuen Terminologie bedürfen und es das Recht des Schöpfers der Idee ist, die termini zu schaffen, die solange bestehen dürfen, bis sie durch neue, bessere ersetzt werden. Wenn man mir daher Vorwürfe gemacht hat, daß ich, auf schwierigem Wege wandelnd, Schwieriges erörterte und daß ich neue termini, diese theilweise aus Fremdworten gebildet habe, so beruht das auf einer Mißkennung des Ganges, den jede tiefer gehende Wissenschaft nehmen muß, und auf der veralteten Vorstellung, daß die juristische Wissenschaft schließlich nichts anderes sei, als ein geordneter Kommentar zu unseren Gesetzen[14]).

Es ist daher sicher, daß die Konstruktion des Autorrechts als eines geistigen Eigenthums einen wesentlichen konstruktiven Fehler enthält; daß das Autorrecht vom Eigenthum zu scheiden und als ein eigenthumsartiges Recht zu behandeln

---

besteht es nicht; mit demselben Recht könnte man die Realität des Causalgesetzes oder der Schwerkraft leugnen.

14) Mit diesen Vorstellungen ist ebenso wenig zu rechten, wie mit der veralteten Anschauung, daß es nicht gestattet sei, die Lehren solcher, die gestorben sind, einer unerbittlichen Kritik zu unterwerfen — ist es denn richtig, unser Haupt zu verhüllen, nur um nicht sagen zu müssen, daß das Unrichtige unrichtig, das Verkehrte verkehrt sei? Glaubt man denn, das unerbittliche Todtengericht über die Leistungen eines Mannes und seine Stellung in der Jurisprudenz müsse nicht im Interesse der Wissenschaft und des wissenschaftlichen Fortschrittes mit aller Macht geübt werden! Die veralteten Vorstellungen und Wendungen, die sich gegen mich gekehrt haben, überlasse ich ihrem Schicksal. Die Zeit wird richten. Vgl. auch meine Gesammelten Beiträge zum Civilprozeß, S. 43 f.

ist, dessen Gegenstand in dem Autorgut besteht, dessen Gegenstand eben mit dem identisch ist, was ich das imaginäre Bild nenne, und was im geschriebenen oder gesprochenen Wort als ein höheres, von der Form abgelöstes Substrat mit existirt. Das eigenthumsähnliche Recht ist das Immaterialgüterrecht, und dieses besteht an einem imaginären Ideenbild, ähnlich wie das Erfinderrecht an einer Erfindungsidee.

§ 5.

Soweit dasjenige geistige Eigenthum, das ich als Immaterialgüterrecht bezeichne: als Recht an immateriellen Ideengütern, in der Kunst, wie andererseits in der Technik, wo es als Erfinderrecht auftritt und wo gleichfalls die Ausscheidung der einen Erfindung gegen die andere und gegen die der technischen Welt im Allgemeinen zustehenden Konstruktivmittel die Hauptschwierigkeit bildet.

Muß also hier die Konstruktion des Immaterialrechts die historisch veraltete Konstruktion des geistigen Eigenthums verdrängen, so ist der Typus des geistigen Eigenthums noch viel unrichtiger bei Gestaltung des Namen- und Markenrechts. Daß man nicht mit dem Namen umgehen kann, wie mit einem Handschuh oder mit einer Villa, und daß der Name nicht die Bedeutung hat, ein von der Person abgetrenntes Gut zu bilden, daß er vielmehr die Funktion hat, Erkennungszeichen der Person zu sein und daher dem Personenrecht angehört, sollte nicht bestritten werden. Niemandem ist es verboten, den fremden Namen auszusprechen, zu schreiben, im Roman zu nennen, außer soweit mit dem Namen die Person bezeichnet wird und soweit diese Bezeichnung der Person eine unberechtigte ist, indem man der Person etwas zuschreibt, was ihr nicht gehört oder was sonst dieser Person zu nahe tritt. Und ebenso verhält es sich mit der Personenbezeichnung, die man Marke oder Warenzeichen nennt; da sollte doch nicht bestritten werden, daß sie als

Mittel des Schutzes gegen illoyale Konkurrenz mit Person oder Geschäft zusammenhängen und die Herkunft der Waaren kundgeben sollen und daher auch nur insofern Gegenstand rechtlicher Alleinbenützung sind; während im Uebrigen ein Jeder die Marken zeichnen, malen, drucken lassen darf, wenn er es nur nicht thut, um dadurch seine Waaren als von einem Andern herrührend zu erklären.

Und doch geht man auch hier in Frankreich und England von der Idee des Eigenthums nicht ab; am seltsamsten aber verhält sich die italienische Jurisprudenz, die zwischen der französischen und deutschen in der Mitte steht und von beiden Seiten beeinflußt wird. Während derjenige Autor, der in Italien diese Rechte besonders zum Gegenstand seiner Studien gemacht hat, nämlich Amar, meiner Ansicht folgend, das Markenrecht mit dem Personenrecht verknüpft und vom Eigenthum ablöst[15]), bleibt einer der Repräsentanten des italienischen Handelsrechts, Vivante[16]), auf dem Standpunkte französischer Theorie, auf dem Standpunkt Pouillet's stehen[17]). Die Gründe Vivante's sind allerdings sehr matt: Die Marke sei ein Eigenthum, weil sie dem Markenträger für immer das ausschließliche Recht gebe, sie zu benutzen und darüber zu verfügen, ciò che è essenziale nel diritto di proprietà. Dies soll noch dadurch bezeugt werden, daß das Gesetz das Recht gebe, die Marken zu übertragen, mithin sei sie una cosa separabile dalla per-

---

15) Amar, dei nomi, dei marchi e della concorrenza (Turin 1893) nr. 20 f. nr. 24 f.

16) Vivante, Diritto commerciale I nr. 115 p. 159 f.

17) Pouillet kann als fleißiger verständiger Sammler von Entscheidungen anerkannt werden: aber seine theoretische Bearbeitung ist höchst dürftig, noch dürftiger seine historische Betrachtungsweise. Ich hebe das hervor, weil ich die französische Jurisprudenz so äußerst hoch stelle, dem gegenüber aber wesentlich betonen muß, daß die theoretische Bearbeitung fast ausschließlich deutsches Verdienst ist.

sona und folglich una cosa capace di formare l'oggetto di un diritto di proprietà[18]).

Der erste Grund ist völlig unhaltbar, denn darnach würde jede Obligation zum Eigenthum werden; und wie wenig ein solches ausschließliches Benützungsrecht existirt, ist eben dargethan. Das andere Argument ist aber um so seltsamer, als das italienische Gesetz, wie das deutsche, unzweifelhaft den Grundsatz enthält, daß die Marke nur mit dem Handelsgeschäft übertragen werden kann, wie dies Vivante selbst anerkennt[19]): denn sonst würde die Marke zur offenbaren Täuschung des Publikums führen! Natürlich kann die Marke nur mit dem Geschäft veräußert werden, sie kann es, weil mit dem Geschäft ein Theil des Persönlichkeitsrechts übergeht, was sich ja schon daraus ergiebt, daß eine Veräußerung des Geschäfts der Person des Veräußerers die größte Beschränkung in der Neugründung eines analogen Geschäfts auferlegt: wo aber das Personenrecht in der maßgebenden Weise, eben gerade nach der Seite des bestimmten Handelsbetriebes, übergeht, da ist es berechtigt, daß ihm die Marke folgen kann; und damit erklärt sich auch der zweite Satz, daß im Zweifel die Marke dem Geschäfte (der Firma) folgt, und besonders auch, wenn Geschäft mit Firma auf dem Wege der Zwangsveräußerung übergehen, wie dies Vivante gleichfalls anerkennt[20]). Und schließlich trifft Vivante seine eigene Theorie von selbst damit, daß er die Marke nach Art der deutschen Autoren im Handelspersonenrecht bespricht, während er sie sonst nothwendig dem Handelssachenrecht vorbehalten müßte. Was wäre dies für eine Systematik, welche keine Ausprägung des Wesens der Dinge enthielte!

Sehr merkwürdig ist auch die Argumentation der italienischen Praxis; während sie richtig urtheilt, kommt ihr in

18) Vivante ib p. 159.
19) Vivante I nr. 137 p. 179. Vgl. auch Amar nr. 102.
20) Vivante I nr. 135 p. 178.

den Entscheidungsgründen der Gedanke des Eigenthums am Namen recht bedenklich in die Quere. Der ehemalige Gehülfe eines Handelshauses darf sich natürlich nicht mehr geberden, als ob er noch zum Handelshause gehörte oder als ob er gar zum Vertreter oder Chef des Hauses aufgerückt wäre, oder sonst noch die Unterstützung dieses Hauses genösse. Aber das Recht, in loyaler Weise kundbar zu machen, daß er früher im Hause thätig gewesen sei, und zu diesem Zweck das Haus seiner ehemaligen Wirksamkeit zu nennen, dieses Recht verbleibt ihm durchaus. Der Appelhof Mailand, 26. Februar 1892, Monitore dei tribunali XXXIII (1892), p. 382, 386, erkennt das an, glaubt es aber noch besonders rechtfertigen zu müssen gegenüber dem Grundsatze, daß der Firmenname ein Eigenthum des Firmenberechtigten sei, und daher eigentlich von Niemanden als vom Eigenthümer benutzt werden dürfte[21]). Noch schärfer tritt der Zwiespalt hervor bei dem nämlichen Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. Februar 1892, Monitore dei tribunali XXXIII (1892) p. 735, 736. Es handelte sich um den Fall, wo ein Geschäft in das Haus übergesiedelt war, in dem ein früheres Geschäft bestanden hatte. Hier ist selbstverständlich, daß dieser Umstand in loyaler Weise erwähnt werden darf und daß man bei dieser Erwähnung auch das frühere Haus nennen darf, sofern dies nur in einer Weise geschieht, welche nicht zur Verwechslung leitet. Das nimmt auch der Gerichtshof an; er nennt hiebei den Personennamen ein quid, „so zu sagen ein Eigenthum", man müsse

---

21) La proibizione di usurpare il nome o la ditta altrui non può essere intesa nel senso che sia vietato di farne una qualsiasi menzione, bensì nel significato che a nessuno sia lecito di appropriarlo o di usarne in modo da rendere possibile la confusione o l'equivoco tra l'usurpatore e la persona a cui appartiene il nome o la ditta usurpata — — —. Das ist eben der Charakter des Individualrechts, daß es zur Geltendmachung der Person dient und nur in diesem Zusammenhange eine Berechtigung hat.

eben jede Uebertreibung vermeiden[22]). Ja, dies zeigt, daß man mit der Idee des geistigen Eigenthums nicht auskommt.

§ 6.

Hiernach kann die Konstruktion des geistigen Eigenthums weder für das Autor- und Erfinder-, noch weniger für das Markenrecht wissenschaftlich aufrecht erhalten werden; und zwar deßhalb, weil sie den Eigenthumsbegriff so sehr ausdehnen und verflüchtigen würde, daß er wenig mehr geeignet wäre, die juristische Erkenntniß zu fördern und ihr Halt und Stütze zu geben; es wäre, wie wenn man eine so weit gehende botanische Species aufstellen wollte, daß diese das Verschiedenartigste umfaßte, so daß mithin das Bewußtsein der Zugehörigkeit zu dieser Species uns in der Erkenntniß recht wenig förderte. Wenn man allerdings eine allgemeine Kategorie der absoluten Rechte bilden und unter dieser das Eigenthum und das Immaterialrecht gemeinsam unterbringen will, so ist das völlig zutreffend und nichts weiter dagegen zu erinnern. Dann bleibt dies eben ein allgemeines genus als die gemeinsame systematische Wurzel zweier verschiedener Institute.

Nur muß man sich daran erinnern, daß das Namen- und Markenrecht auch nicht hierher gehört; denn es wäre wiederum ein systematischer Fehler, die Rechte an der Person und ihrer Derivate mit den Rechten an Gütern außer der Person in eine nähere Kategorie zu stellen. Sie haben mit einander nur das gemeinsam, daß sie eben Rechte sind: Namen- und Marken- sind Personenrechte, Erfinder- und Autorrechte aber sind Rechte an außerhalb der Person liegen-

22) Mentre deve in massima ritenersi che il nome d'una persona .... constituisce un q u i d , o, se così piace chiamarla, una p r o p r i e t à chi a diritto di essere ed è anche dal legislatore realmente protetta contro l'altrui usurpazione, non vuolsi però dimenticare che ogni esagerazione di principî constituisce un errore — — — —.

den Dingen, ebenso wie das Eigenthum; sie sind, wie dieses, absolute Rechte.

Ist dies vom Standpunkte unserer Systematik richtig, nachdem wir uns zu dieser Kenntniß hindurchgerungen haben, so müssen wir uns aber auch daran erinnern, daß eine unvollkommene Systematik vielfach fruchtbar gewesen ist und vielfach dazu gedient hat, Instituten einen wissenschaftlichen und praktischen Halt zu geben, die sonst ohne wissenschaftliche Zusammenfassung zerflossen wären und sich darum auch der praktischen Handhabung entzogen hätten. Anstatt sich aber diesen Satz vor Augen zu halten, hat die ehemalige deutsche Doktrin schwer gegen die Postulate der Wissenschaft gefehlt. Als sich der systematische Verstand kritisch gegen das geistige Eigenthum kehrte, hat man zunächst nicht vermocht, an Stelle der unvollkommenen Konstruktion die vollkommenere, nämlich das Immaterialrecht, und für die Marken das Individualrecht, zu setzen, und die Folge war ein unfruchtbarer Kriticismus und Positivismus. Ist die Idee des geistigen Eigenthums unrichtig, so argumentirte man, so kann mithin ein geistiges Eigenthum nicht existiren, und man weihte Autor- und Patentrecht den Todten; nur noth dürftig, da Kultur und Bildung gebieterisch darnach drängten, ließ man das Autorrecht als eine positive Gabe der Gesetzgebung bestehen, aber auch da beschränkte man es aufs äußerste, nach dem Satz, daß anormale Institute und gar Privilegien der striktesten Auslegung seien. Es ist erstaunlich, wie unfruchtbar sich die ganze Literatur ansieht, die im Streit über das geistige Eigenthum sich abmühte, und im höchsten Mißverständniß vermeinte, an diesem konstruktiven Streit hänge die Existenz des durch Gerichtsgebrauch oder Gesetzgebung eingeführten Autorrechts, während doch nur die Einordnung unter das System in Frage stand. Bei solchen systematischen Fragen muß doch immer der Satz gelten: die Kritik darf nur dann zerstören, wenn mit ihr eine positive Weiterschöpfung verbunden ist. Die Konstruktion

ist ein Mittel des wissenschaftlichen Ausdrucks, und jeder Ausdruck ist unvollkommen und wird es mehr und mehr mit der Zeit, denn diese Zeit wird nothwendig jedes Institut mit neuem Gedankengehalt erfüllen. Aber trotzdem können wir des Ausdrucks, wir können der Konstruktion nicht entbehren; und sie wegen ihrer Unvollkommenheit ganz verwerfen, steht etwa dem gleich, wenn man die Eisenbahnen abschaffen wollte, da sie noch nicht die Vortheile des Luftschiffes bieten, oder wenn man einen unvollkommenen Behälter zerstören und den Inhalt verfließen lassen wollte, deßhalb, weil ein vollkommener mit der Zeit gefunden werden kann.

Das that aber die deutsche Wissenschaft zum großen Schaden der Sache; denn nie hätte sich in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts der Nachdruck so breit gemacht, wenn sich die Wissenschaft mit vollem Leben des Rechtsgehaltes bemächtigt hätte, den uns die bisherigen Bestrebungen boten, vom 16. Jahrhundert bis in die Neuzeit.

Hier ist die französische und englische Jurisprudenz vor der deutschen im Vortheil gewesen: kein kritisches Scheidewasser zerstörte das, was die Jurisprudenz naiv geschaffen, und es bedurfte nur geringer Nachhülfe des Gesetzes, um das, was common law gewesen, in der einen oder anderen Richtung zu ergänzen oder näher zu bestimmen, so daß sich in Frankreich die Gesetzgebung hauptsächlich mit der Frage der zeitlichen Dauer des Autorrechtes zu befassen hatte.

Sehr bezeichnend ist es auch, wie in Frankreich und England das Recht an Briefen als eine Art von Eigenthumsrecht anerkannt und gestaltet worden ist[23]). Auch hier ist man nicht über die naive Auffassung hinausgegangen. In Deutschland hat leider auch hier das Scheidewasser der

---

23) Vgl. mein Recht an Briefen, S. 17 f.

Reflexion zerstörend gewirkt, und die guten Zeiten der alten Praktiker, die im Anschluß an den erlernten usus modernus des römischen Rechts mit ihren unvollständigen konstruktiven Mitteln die Lebensverhältnisse zu gestalten suchten, wurden durch die historische Schule direkt ins Unrecht gestellt, die Praxis abgelenkt, und indem sie in der Wissenschaft nur Negationen fand, trat eine große Leere ein[24]).

---

24) In meiner Schrift über das Recht an Briefen, S. 17 f., habe ich über die Art des Briefrechts im Anschluß an meine Ausführungen im Autorrecht, S. 143 ff., gehandelt. Ich habe das Briefrecht als Individualrecht charakterisirt und darauf hin die civilistischen und die strafrechtlichen Folgen der Verletzung dieses Individualrechts nach den verschiedenen Seiten hin entwickelt: 1) die Verletzung durch den Adressaten: Verletzung durch Publikation, durch Vorlegung bei Gericht, 2) die Verletzung durch einen Dritten: Brieferöffnung, widerrechtliche Kenntnißnahme und Ausnützung derselben; daran habe ich angeschlossen die Bedeutung des Verzichtes auf dieses in seiner Wirksamkeit dargestellte Individualrecht und die Ueberbietung des Individualrechts durch das überwiegende Personenrecht eines Dritten. Daß hier überall die civilistische und die strafrechtliche Seite neben einander behandelt ist, wird keiner Erläuterung bedürfen, da gerade hier das Strafrecht in seiner Natur als Ergänzung des Civilrechtszwanges besonders klar hervortritt; wie ja auch die eine Gesetzgebung mit dem Civilzwang auszukommen gedenkt, wo die andere den Strafrechtszwang für nöthig erachtet. Wenn bei diesem Gang der Sache ein Praktiker neuerdings (Juristisches Literaturblatt 1894, S. 24) unter anderem geltend macht, ich hätte mehr Gewicht auf casuistische Erörterungen, als auf systematische Gliederung und einheitliche Gesichtspunkte gelegt, ich hätte das Wesen des Briefrechts nicht festgestellt, ich hätte unberücksichtigt belassen, daß der § 387 f. der C.-P.-O. die Frage über die Zulässigkeit der gerichtlichen Vorlegung der Briefe regle, und schließlich beruhe die Bedeutung der Arbeit in der fleißigen Sammlung des Materiales, so muß ich mich gegen dieses, meine durchdachte Entwicklung ebenso wie das Wesen des Individualrechts verkennende Urtheil eines Praktikers sehr verwahren. Denn gerade meine Arbeiten sind ständig bestrebt, aus den Ergebnissen der Praxis die einheitlichen Gesichtspunkte und die konstruktiven Elemente zu schöpfen. Dafür glaube ich besonders den Dank der Praktiker in Anspruch nehmen zu dürfen — und dies nicht minder, wenn ich die Schätze der ausländischen Praxis zu eröffnen suche, namentlich da, wo das aus-

Noch heutzutage ist die rechtsschöpferische Kraft unserer Jurisprudenz viel zu sehr zurückgedrängt; die dienende Rolle, die man der Praxis einräumt, als ob sie eine Magd der Theorie wäre und nur auszuschöpfen hätte, was ihr die Theorie bietet, hat uns verhindert, auch da thätig zu sein, wo die Theorie noch nicht die richtige Lösung gefunden hat; und der Windscheid'sche Satz, daß das Rechtsbewußtsein keine Rechtsquelle sei, ist der Ausdruck einer Richtung, die im Zeichen der Vergangenheit steht, nämlich des Scholastizismus, der in den einmal aufgestellten Begriffen keine Hilfsmittel der Erkenntniß, sondern wirkliche Faktoren erblickte.

Wir, die wir die richtige Beziehung zwischen Konstruktion und Recht erkennen, wir können heutzutage getrost die praktische Tüchtigkeit des Auslandes und die theoretische Kraft unserer Wissenschaft verbinden. Wir kennen jetzt die Unfertigkeit der Konstruktion und wissen, daß wir niemals den Rechtsinhalt aufgeben dürfen, wenn wir auch die Schwäche einer Konstruktion erkennen; und daß die Kritik einer Konstruktion nur dann fruchtbar ist, wenn sie eine bessere Neukonstruktion bringt. Dafür wissen wir aber auch, daß eine Neukonstruktion eine mächtige wissenschaftliche Errungenschaft ist und nicht nur der Praxis große Vortheile bietet, sondern auch dem Rechtsfortschritt neue Schwungkraft verleiht.

Denen aber, die verkennen, daß dieser Fortschritt der dogmatischen Wissenschaft durch Neukonstruktionen bedingt ist und die verkennen, daß sich jede Konstruktion in Bildern bewegt: die alten Konstruktionen in alten abgebrauchten, die neuen

ländische Spruchrecht reicher und instruktiver ist, als das heimische: gerade auf diesen Gebieten können wir aus der französischen, englischen und amerikanischen Praxis sehr viel lernen. Wenn endlich darauf hingewiesen wird, daß sich in deutschen Notariatsordnungen Sätze finden, die über die Verhältnisse der Notariatsurkunden sprechen, so bedurfte ein so selbstverständlicher Satz keine Hervorhebung; auf S. 9 meiner Schrift kam es ja auf die Principien an, nicht auf die particularrechtlichen Details!

Konstruktionen in neuen regen Bildern und Anschauungsformen[25]), kann ich nur entgegenrufen:

Im Bilde regt sich unsres Geistes Trachten,
Der Fortschritt glänzt auf frischer Siegesbahn,
Und ewig sinkt zurück in dunkles Nachten,
Was uns gefesselt, alter Zeiten Wahn.

II.

Zur Geschichte der Idee des geistigen Eigenthums in Deutschland.

§ 7.

Die ersten entschiedenen Lebenskeime der Idee finden sich im 17. Jahrhundert, sofern es sich um juristische Autoren handelt. Anklänge bei Nichtjuristen sind schon aus dem 16. Jahrhundert bekannt, auch von Juristen, sofern es sich um einen Streit de domo handelt.

Auch die Gesetzgebung regt sich da und dort schon im 16. Jahrhundert, wenn auch schüchtern und ohne nachhaltigen Erfolg.

Der Ruhm, der Welt das älteste Gesetz in deutscher Zunge gegen Nachdruck geschenkt zu haben, ist der Stadt

25) Gegen meine Bildersprache äußert sich ein Recensent in den Thüringer Blättern für Rechtspflege, N. F. XX, S. 337 mit Bezugnahme auf einen Ausspruch in Wächter's Pandekten. Nun — wie viel fruchtbare Neukonstruktionen enthalten die Wächter'schen Pandekten? Für die dort entwickelten Ideen dürften allerdings die Bilder des herkömmlichen Sprachgebrauchs genügen. Wie sich neue bildliche Ausdrücke in der Sprache einbürgern, wo dann vom ursprünglichen Bildeindruck nur ein Schatten bleibt, das zeigen Ausdrücke wie „entfalten", „entwickeln". Ein gewisser Krause, Ueber Büchernachdruck, S. 53, beklagt sich im Jahre 1817 in drastischer Weise über das Ueberhandnehmen dieser Ausdrücke, die vielleicht einmal glücklich und überraschend angebracht seien, sonst aber nicht paßten. Der gute Mann hat die hinreißende Kraft Hegelscher Denk- und Ausdrucksweise wohl nicht mehr durchlebt und den zweiten Theil des Faust nicht mehr gelesen. Könnten wir heutzutage dieser Bildausdrücke entrathen?

Nürnberg (1550)[26]) neuerdings durch Basel entrissen worden. Hier bestimmt eine V.-O. vom 28. Oktober 1531 (Basler Rechtsquellen I S. 259), auf welche schon mehrfach, z. B. von Huber, System und Geschichte des Schweizer Privatrechts IV, S. 298 hingewiesen worden ist, wie folgt:

„Daß kein drucker dyser statt Basel dem andren sine werk und biecher in dryen joren den nechsten noch dem dy ußgangen und truckt worden, nochtrucken."

Allerdings beschloß der Rath zu Nürnberg schon am 7. Oktober 1525[27]) auf Luthers Reclamation: „soll man sich bei den puchtruckern erfaren, was seiner gemachten pucher durch sy nachgedruckt und geendert seyen und darinnen ein ordnung geben, damit seiner pucher keins in ainer bestimpten zeit nachgedruckt, auch bei den puchfüerern verschaffen, nichtzt neus zu verkauffen vor und eche solchs besichtigt werd."

Jedoch wird in einem Beschluß vom 11. Mai 1532 nur bestimmt, daß die Buchhändler, welche Luthers Schriften nachdrucken, nicht den Namen Wittenberg, sondern Nürnberg „und ihre namen dafür setzen"[28]).

Von weiteren Anklängen an das geistige Eigenthum läßt sich aus dem 16. Jahrhundert anführen: die Streitschrift des Juristen Lagus gegen den Buchhändler Egenolph, der sein Collegienheft ohne seinen Willen, ja gegen seinen Einspruch nach fehlerhaft nachgeschriebenen Diktaten veröffentlichte (1543, 1544). Hier trat der individualrechtliche Gesichtspunkt hervor, und in der That vergleicht Lagus diesen Verleger mit einem plagiarius, einem Menschenräuber; denn plagiarius sei, wer einen fremden Menschen demjenigen, in dessen Gewalt er sich befindet, entzogen hat; und dieses Verbrechens müsse der für schuldig erachtet werden, der gegen

---

26) Vgl. mein Autorrecht S. 343 f. Ueber Dürer's Triumphwagen und Guldemund's Stich, vgl. Busch's Archiv 47, S. 196.

27) Kapp, Geschichte des deutschen Buchhandels I, S. 426.

28) Ib. I, S. 426.

den Protest des Autors eine solche Herausgabe veranstaltet[29]).

Hierher gehört auch der Fall Giphanius. Ein Buchhändler Rihel hatte ein historisches Werk zur Geschichte Karl V. (Sleidani commentarii) in der Bearbeitung Beuther's auf den Markt gebracht. Zwischen dem Bearbeiter und Verleger entspannen sich Mißhelligkeiten, und da kam der Verleger auf den Einfall, das Werk mit historischen Zusätzen bis auf die Gegenwart neu herauszugeben. Er that es und ließ sich solche Zusätze von dem ihm befreundeten Giphanius machen, veröffentlichte aber nichts destoweniger das Ganze unter Beuther's Namen; dies geschah im Jahre 1574. Es lag also hauptsächlich eine Individualrechtsverletzung vor. Giphanius schreibt darüber im Februar 1575[30]): Quod autem D. Beuthero illud additamentum attribuit, more potius et aliorum exemplo, quam nocendi voluntate factum est, vix enim operae pretium ei fortasse videbatur, paucas paginas a toto priore additamento sejungere (!!).

Das wäre vielleicht so hingegangen; aber die Sache hatte eine verhängnißvolle Seite. Giphanius hatte nämlich recht leichtfertig unter diese additamenta ein abgeschmacktes Märchen aufgenommen, das Jemand bei Tisch erzählt hatte, als ob im Jahre 1573 in Wien nichts mehr und nichts weniger, als eine Art von Bartholomäusnacht gegen dortige Protestanten geplant gewesen sei; der Kaiser habe zwar davon Nichts gewußt, auch die Sache nachträglich sehr gemißbilligt; doch sei gegen die Complottanten „nichts fürgenommen worden." Das war verhängnißvoll. Eine solche Nachricht, welche den schlummernden Religionshaß auf höchste

---

29) Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft, S. 34.

30) Epistola 46, herausgegeben von Schirmer in der Breslauer Festschrift zur 4. Basler Secularfeier: Oberti Giphanii Epistolae XV, p. 18.

steigern konnte, erbitterte den Kaiser sehr. Giphanius wurde ins Gefängniß geworfen, Rihel verbannt und seine Bücher von der Messe ausgeschlossen. Später wurde beiden auf Ansuchen die Strafe erlassen[31]). Hierher gehört der Fall insofern, als sich natürlich Beuther sehr heftig gegen die ihm unterschobene Autorschaft, und somit gegen diese Verletzung seines Individualrechts verwahrte und sicher durch sein strenges Auftreten diese Verfolgung mit veranlaßt hat.

Die Nachdrucksprozesse, die wir aus dem 16. Jahrhundert haben, beziehen sich wohl durchaus auf Privilegien und Privilegienverletzungen; so die drei Reichskammergerichtsprozesse von 1533, 1535 und 1595, die uns Wigand[32]) mittheilt: Prozesse, die, wie es ja die Eigenart der Reichskammergerichtsprozesse war, nicht zu Ende gingen, indem die Parteien sich stillschweigend verglichen oder dabei starben und verdarben. Sie bezogen sich theilweise auf alte Schriftsteller wie Flavius Josephus und Plinius, und es wurde dabei ventilirt, in wie fern hier ein Alleinrecht eines modernen Herausgebers bestehen könne. Insofern klärt sich die Autoridee ab, und das Privileg verliert allmählich seine willkürliche Wesenheit.

Einen ähnlichen Charakter hat der Straßburger Prozeß, den Wendel Rihel wegen Nachdruckes seines Dictionarium Dasypodii führte, von dem noch eine Prozeßschrift des Klägers aus dem Jahre 1536 erhalten blieb[33]). Auch hier wird das Verhältniß zwischen einem Wörterbuch und seinen Vorgängern erörtert und dabei die Neuheit und Originalität in Betracht gezogen, allerdings nach den Anschauungen jener Zeit. Interessant ist der Fall insbesondere, weil beide Theile

---

31) Vgl. Schirmer, p. 4.

32) Wetzlarer Beiträge f. Geschichte und Rechtsalterthümer I, S. 227, 231, 237.

33) Mitgetheilt als Beilage zu dem Aufsatze: Zur Geschichte des Straßburger Buchdrucks und Buchhandels, im Archiv f. Geschichte des deutschen Buchhandels V, S. 88 f. 27 f.

sich auf Privilegien beriefen. Wie das Urtheil ausgefallen ist, bleibt dunkel.

Auch im 17. Jahrhundert gehen zwar die meisten Schriftsteller vom Falle des Bücherprivilegiums aus[34]); aber sie berufen sich auch auf das natürliche Rechtsgefühl.

So spricht Carpzov an einer viel citirten Stelle[35]) von den Buchhändlerprivilegien und rechtfertigt sie, als auf einer naturalis aequitas beruhend.

Ebenso thut es Fritsch in seiner dissertatio de bibliopolis c. 5 (von 1674)[36]).

Thomasius aber in seiner von Manchen hierhergezogenen Schrift de plagio literario (Leipzig 1673) handelt nicht von der Autorverletzung, sondern vom Plagiat (der Anmaßung fremder Ideen als der eigenen) und führt aus, daß das Plagiat weder Diebstahl noch plagium sei, sondern dem mendacium justitiarium und dem falsum am nächsten stehe, seine Strafe aber in der wissenschaftlichen Schmach des Thäters bestehe (theor. 1, 2, 3, 15).

Von der höchsten Wichtigkeit aber ist ein vielfach übersehener Leipziger Schöffenspruch von 1674[37]), welcher[38]) den Nachdruck deßhalb verbietet, weil der Verleger das Werk „titulo onerso an sich erhandelt, und wie der Autor selbsten nicht einsten den Nachdruck andern zu ver-

---

34) Vgl. zum folgenden die fleißige Zusammenstellung von Pütter, Büchernachdruck, S. 118 f. Auch Jolly, Lehre vom Nachdruck, S. 5 f., gibt ein reiches Material; aber, da er den fruchtbaren Kern der Idee des geistigen Eigenthums nicht richtig erfaßt, so gelingt es ihm nicht, der gewaltigen Kulturarbeit, die in den Schriften dieser Autoren über geistiges Eigenthum liegt, die richtige Seite abzugewinnen.

35) Jurisprudentia ecclesiastica II 25 def. 414 (Ed. 1652 p. 1099).

36) Fritsch, Opuscula varia (Nürnberg 1732) IV tract. 13 p. 199.

37) Citat bei J. H. Böhmer, Kurze Einleitung zum geschickten Gebrauch der Akten, S. 593.

38) Sofern das Citat richtig so zu verstehen ist.

handeln befugt sei, cum ex suo contractu ad evictionem teneatur, also auch um desto weniger ein tertius sich das Nachdrucken anmaßen kan." Fein, wenn auch nicht überzeugend in der Argumentation.

Ein Jenenser Urtheil von circa 1700[39]) befaßt sich gleichfalls zunächst mit dem Verhältniß zwischen dem Autor und dem Verleger und erklärt es für unberechtigt, daß dieser dasselbe Werk, das er dem einen in Verlag gegeben, nochmals mit Zusätzen einem andern Verleger übertrage. Aber auch diese Entscheidung streift die Idee des geistigen Eigenthum und sagt, es sei unrecht, dem Mitmenschen seinen berechtigten Gewinn zu entziehen.

In der That hatte sich bereits die Idee, daß es auch ohne das Privileg unstatthaft sei, fremde Bücher nachzudrucken, und daß ein solches Privileg nur ein sehr förderliches Unterstützungsmittel, nicht eine Bedingung des Autorschutzes sei, Bahn gebrochen, nnd hier stand wieder Nürnberg an der Spitze. Eine Nürnberger V.-O. vom 10. August 1633[40]) besagt, daß der Nachdruck von Büchern und Stichen, „denen die solliche büechlein, gemähl und schrifften anfänglich erfunden, gedicht, geschnitten und mit verlegung deroselben viel costen darauff verwendet haben, zum großen schaeden, verderb und abbruch ihrer nahrung geraicht hat." .... Darum wurde das Verbot gegeben, innerhalb eines halben Jahres „nach ausgehung derselben" keinen Nachdruck oder Nachstich zu bewirken.

Dies war mindestens für ein halbes Jahr — wenig, aber etwas.

Mehr gewährten die „Erneuerte Ordnung und Artikel" von Nürnberg vom 7. Febr. 1673[41]),

39) Bei Lyncker, Rerum in S. Ducum Saxoniae dicasteriis Jenensibus decisarum centuriae XV (1700 f.), decisio 1304.

40) Kapp, Geschichte des deutschen Buchhandels I, S. 753.

41) Bei Siebenkees, Beiträge zum Deutschen Recht I, S. 222 f.

welche besagen, daß sich „die Buchdrucker und Verleger alles Nachdruckens, sowohl privilegirter, als unprivilegirter Materien enthalten, wie auch des Vortheils, daß sie andere Format nehmen, die Figuren und Kupfer in etwas ändern oder neue verfertigen lassen, einen andern Titel und Namen des Autoris gebrauchen" .... Strafe ist 1 Gulden pro Bogen und Confiskation; dazu Entschädigung. Ein für den Nachdrucker ertheiltes Privileg soll nichtig sein. Wenn allerdings der erste Verleger das Buch nicht mehr auflegen will, soll der Autor durch einen andern eine zweite Auflage herstellen lassen können und müsse man sich wegen der noch übrigen Exemplare verständigen.

Und wie sehr sich das Gefühl für das Unrecht des Nachdrucks im Buchhändlerstand regte, beweist die vereinbarte Ordnung der Buchhändler von 1669, welche besagt[42]: „damit aber auch kein Buchführer künfftiger Zeit dem andern mit dem schändlichen Nachdrucken fernern Schaden zufügen möge, soll keiner kein getrucktes Buch aufs newe verlegen oder trucken lassen, er habe sich dann mit den jenigen Erben verglichen, so das Buch vorhin verlegt gehabt."

Nach einem späteren Zusatz soll dies jedoch gestattet sein, wenn die rechtmäßigen Erben nicht zur Hand sind, nöthigenfalls gegen spätere Vergütung. Sodann soll der Vertrag des Autors mit dem ersten Verleger unverbrüchlich gehalten werden und kein neuer Verleger sich einmischen[43].

Auf der gleichen Bahn bewegt sich das Kaiserliche Mandat vom 25. Oktober 1685[44], welches erklärt: „daß sich die Buchführer nit allein vom schädlichen nachtruck der Kays. privilegirten Bücheren, sondern auch der unprivilegirten, welche ein Buchführer mit grosen Unkösten

42) Kapp, I, S. 691.

43) Ib. I, S. 703.

44) Bei Kirchhoff im Archiv f. Geschichte des Buchhandels XV S. 75.

an sich erhandlet, enthalten sollen"; sodann das offenbar unter dem Eindruck des kaiserlichen Erlasses ergangene Kursächsische Mandat vom 27. Februar 1686[45]), worin bestimmt ist, daß die in Sachsen wohnenden oder die Leipziger Messe besuchenden Buchhändler „sich des verbotenen Nachdruckens zum Schaden derer, welche Bücher von den Autoribus redlicher Weise an sich gebracht, auch wohl darüber Privilegia erlanget, zu enthalten" hätten.

Was unter solchen Umständen die Privilegien bedeuteten, legte man sich in gleicher Weise zurecht, wie es ein Jahrhundert später das Sächsische Mandat vom 18. Dezember 1773 zum Ausdruck brachte. Wer kein Privileg habe, müsse nachweisen, „daß er das Verlagsrecht an dem Buche, Uebersetzung oder sonstiger Schrift .... von dem Schriftsteller redlicher Weise an sich gebracht habe." Dieser Beweis sei oft schwierig, darum könnten Privilegien erworben werden, so daß hiedurch die Buchhändler desselben überhoben und einer geschwinderen Execution versichert seien[46]).

Diesen Standpunkt vertheidigt nun auch ein Schriftsteller am Ausgang des 17. Jahrhunderts, Adrian Beier in seinem „Kurzen Bericht von der nützlichen und vortrefflichen

45) Codex Augusteus I, S. 416. Die Sächsischen Decisionen vom 22. Juli 1661 Justitiensachen § 81 betonen nur die Privilegien; ebenso die Sächsischen Rescripte vom 13. Mai 1620, 5. Juli 1625 und 7. Nov. 1636 (Codex Augusteus I, S. 409 bis 412): das erste sagt, daß die eingeführten Nachdrucke privilegirter Bücher confiscirt werden sollen; das zweite gibt an, daß die Privilegien nicht in perpetuum ertheilt würden; das dritte endlich erklärt, daß die Civil-Gerichte nicht in Privilegiensachen zu entscheiden hätte.

46) Codex Augusteus, 2. Fortsetzung I, S. 39. Dieses Mandat enthielt nur eine Wiederholung längst anerkannter, aber oft in Vergessenheit gerathener Grundsätze; vgl. darüber Schürmann, Entwicklung des deutschen Buchhandels I, S. 76 f.

Buchhandlung und derselben Privilegien (Jena 1690)[47]). Er weist die Folgerung ausdrücklich zurück, daß, wo kein Privilegium, da kein Recht, keine Hülfe, keine Sünde, keine Strafe. „Das natürliche Recht, die Vernunft weiset einen jeden an, liegen zu lassen, was nicht sein ist."

Mit diesen Worten war das geistige Eigenthum in Deutschland zum Ausdruck gekommen. Das Jahr 1690 kann für Deutschland als das Jahr seines Emporkeimens zum juristischen Begriff betrachtet werden.

Diese Entwicklung konnte nicht ausbleiben; sie wurde gefördert durch das Privilegienwesen, und auch durch das Privilegienunwesen. War es so, daß die Privilegien oft ohne Wahl dem ersten besten, der sie bezahlte, verliehen wurden, daß häufig der Nachdrucker mit einem Privileg auftrat und insbesondere derjenige, der das Buch eines Andern mit kleinen Zusätzen brachte, ein Privileg erwarb; war es so, daß die Generalprivilegien, die einzelnen Buchhändlern für ihren ganzen Verlag gegeben wurden, alles in Verwirrung brachten; war es so, daß die Erneuerung von Privilegien beim Regierungswechsel große Belästigungen herbeiführte: so mußte sich die Anschauung hervordrängen, daß nicht im Privileg, sondern in der Erwerbung des Manuskripts vom Autor der Kern des Verlagsrechts liege[48]).

---

47) Diese Schrift konnte ich nicht finden, citire sie aber nach Pütter, Büchernachdruck, S. 127.

48) Die Geschichte der Buchhändlerprivilegien ist hier nicht zu schreiben; sie ist nicht immer sehr erfreulich und erbaulich. Werthvolle Materialien finden sich insbesondere bei Kirchhoff im Archiv für Geschichte des deutschen Buchhandels VII, S. 149 f., VIII, S. 28 f. Ueber die Insinuation der Privilegien auf den Messen, sowohl der kaiserlichen Privilegien (schon seit 1560), als auch der Sächsischen vgl. ib. VII, S. 149, VIII, S. 28 f. Die Generalprivilegien (vgl. über diese Kapp, I S. 747) wurden in Sachsen im Jahre 1594 abgeschafft, finden sich aber per abusum noch später. Die Privilegien wurden veräußert und verpfändet; so ein Fall im Jahre 1686 bei Kirchhoff ib. XV, S. 264 f. Ueber die nicht unbeträchtlichen

Aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts finden wir folgende Zeugnisse:

Eine von Berger (Electa discept. forensium, Leipzig 1706)[49]) mitgetheilte Entscheidung der Leipziger Fakultät spricht sich dahin aus, daß auch ohne Privileg Bücher nicht nachgedruckt werden dürfen, es müßten denn die Exemplare völlig abgegangen sein oder mit ihnen ein unziemlicher Wucher getrieben werden, trotzdem daß von Obrigkeitswegen gemahnt worden wäre, davon abzustehen. Dies wird damit begründet, daß ein Buch, das der Autor selbst verlegt oder der Buchhändler von ihm erkauft, desselben wahres und rechtes Eigenthum sei, auch wie insgemein Niemanden das Seinige wider seinen Willen zu entziehen, also es ebenmäßig eine ungerechte Sache sei, einem andern sein Buch durch den Nachdruck zur Ungebühr zu nehmen.

Die Wittenbergische Fakultät (bei Wernher, Observ. X 448) respondirte 1722 gleichfalls, daß auch ohne Privileg ein Schutz bestehe: „dieweil dasjenige Buch, so der Autor Jemand verhandelt und ihme übergibt, dessen wahres und rechtes Eigenthum wird, und der Verleger dadurch die Freiheit, durch dessen Publication sich einen Nutzen und zulässigen Vortheil zu schaffen, überkommt, welches von selbstenen ein jus prohibendi et alios a simli usu excludendi mit sich führet; und es mit den privilegiis, welche darüber ausgebeten zu werden pflegen, nur dahin angesehen, daß der Verleger sofort paratam executionem . . . . . haben und diesfalls eine gewisse Strafe gesetzt sein möge; auch bei erhobener Klage nicht allererst ein absonderliches Interesse sammt denen verursachten Schäden beigebracht . . . . werden dürfe — — —."

Kosten der Privilegien vgl. Meyer ib. I, S. 197. Ueber die Entwicklung des Privilegienwesens in Frankreich vgl. Autorrecht S. 85 f. und die dort citirten.

49) Dieses Buch habe ich nicht gefunden; ich citire nach den Angaben bei Pütter, Büchernachdruck, S. 128.

Entsprechend sagt auch Wernher in seinen Observationes X (Wittenberg 1722)[50]), obs. 448: Bibliopolis librorum intuitu, quos ab autoribus emerunt, etiam citra speciale privilegium jus prohibendi competit, ne alii eosdem typis exscribi curent. Als Grund wird angeführt: Sicut enim quisque a rei suae usu alios recte excludit, ita et hic facultatem typis vulgandi scriptum a se emtum indeque lucrum honestum capiendi sibi privative, optimo jure vindicat. Qui contrafacit, in alienam messem involare, atque emolumentum nullo modo ad se pertinens alteri intericipere intelligitur.

Hiergegen spricht sich die Jenenser Fakultät (1722) dahin aus, daß zwar ein Buch nach dem Verfasser genennet wird und er auch nach seinem Tode die Ehre der Erfindung behält, keineswegs aber daraus zu inferiren, als ob die Exemplaria, die nach dem ersten Druck verfertiget worden, dem Autori oder dessen Cessionario eigenthümlich zugehörten oder einem von diesen beiden das jus prohibendi zustünde[51]). Uebereinstimmend hiermit Helmstad (1723), auch Gießen (1722), diese Fakultät aber unter besonderer Betonung, daß der Nachdruck geschehe, um dem Verleger „in seinen unzimlichen Wucher und gesuchten Eigennutzen Inhalt zu thun"[52]). Uebereinstimmend auch die Erfurter Fakultät vom 17. August 1723 mit folgender eigenthümlicher Begründung: Da es dem Kaiser zukomme, solche Privilegien für das Reich zu ertheilen, und den Reichsständen dies für ihr Territorium zu thun, so würde diesen hohen juribus zu nahe getreten, „wenn man sich einfallen lassen wollte, daß per conventionem privatorum eben dergleichen jus prohibendi (und resp. fast von mehrer Wirkung, wenn man den

50) Vgl. schon Autorrecht S. 88.

51) Abgedruckt in der unten S. 179 zu citirenden Schrift: Unpartheyisches Bedenken (Cöln 1747) S. 89, 101 f.

52) Ebenda S. 106, 107.

Effect von einem solchen jure conventionali auch extra territorium principis .... zu extendiren vermeinte ....) effektuirt werden könne, indem so dann man ja wohl die Kaiserlichen und Fürstlichen Privilegien ganz und gar entrathen könnte und würde"[53]).

Eine herrliche Argumentation: schließlich war es gar ein crimen laesae majestatis, für das Autorrecht zu schreiben!!

Wohl die älteste Sonderschrift über das geistige Eigenthum in Deutschland ist folgender anonyme Traktat (verfaßt von Gundling):

Rechtliches und vernunfftmäßiges Bedenken eines Icti, der unpartheyisch ist, von dem schändlichen Nachdruck andern gehöriger Bücher, Anno 1726.

Es wird hier angenommen (S. 5), die Bücher seien das Eigenthum der Autoren „nicht nur in Ansehung ihrer eigenen Gedanken, sondern auch des Werths, nach welchem sie dasselbe verhandeln können." Mit dem Verlag werde der Verleger dominus (S. 6); „dem autori bleibet die Ehre, daß er so wol gedacht und so nette sich ausgedrücket, oder auch die Unehre, daß er solche elende Dinge zu Markt gebracht" (S. 6). Und dem Einwurf, daß der Nachdruck die Bücher billiger mache, entgegnet er (S. 11) mit der Replik, es sei dies wie bei den Seeräubern, die billig verkaufen, weil sie für die Sache nichts bezahlt haben.

Nicht in Separatschrift, sondern in einer Sammlung ist folgendes Zeugniß erschienen: das Muster eines kommissarischen Berichtes, das uns J. H. Böhmer in dem bereits citirten Werk aufführt[54]); allerdings nur ein Muster, aber man sieht ihm an, daß J. H. Böhmer darin mit Leib und Seele lebt, wie er denn auch die Musterentscheidung in diesem Sinne ausfallen läßt.

---

53) Ebenda S. 108 f.

54) J. H. Böhmer, Kurze Einleitung zum geschickten Gebrauch der Akten (Halle 1731) S. 583.

Ich führe aus dem kommissarischen Bericht folgendes an, S. 583 f.:

„Daß nun ein Verleger aus dem mit den Autore eines Wercks geschlossenen Contract ein solches Recht an den verlegten Buch sich acquiriret, ist unsers Erachtens daraus mehr als zu klar, daß der Autor eines mit großer Arbeit verfertigten Buchs Dominus von solcher Arbeit und Wercks ist, und vermöge seines daran habenden Eigenthums solches einen Buchhändler zum alleinigen Verlag schlechterdings verkaufen, oder sich ein und anderes noch dabei bei den künftigen wiederholten Edirungen reserviren kan."

— — S. 584:

„Und hiezu ist der Autor des Buches um desto mehr befugt gewesen, weil die Materie zum Verlage sein Eigenthum gewesen, und nach denselben er dergleichen Contract mit ihn aufrichten mögen, dieweil er ihn seine Arbeit theuer genug bezahlen, und öfters die größesten Depencen nebst dem Risico daran wagen muß. Wenn nun das Nachdrucken einen jeden eigennützigen Buchhändler frei und unverboten erlaubet sein solte, so würde dieser unbillige und unvernünftige Schluß daraus folgen, daß derjenige, der die Arbeit dem Autori nicht bezahlet, und bei den Nachdruck vieles an Papier und Druck menagiret, und also solches Buch viel wohlfeier geben und ausbringen kann, den rechtmäßigen Verleger in viele 1000 Thaler Schaden bringen, seinen Verlag ruiniren, und allen Vortheil von dem Wercke, der doch ex contractu dem rechtmäßigen Verleger gebühret, an sich bringen könne, welches keine Rechte approbiren."

Eine zweite Sonderschrift dagegen ist von Thurneisen, de recusione librorum furtiva, zu Teutsch dem unerlaubten Büchernachdruck (Basel 1738). Er nimmt an (p. 10): quod autem id, quod docti viri vel meditatione sua excogitarunt vel lucubratione industriaque sua excerptum in ordinem digesserunt, illorum proprium sit, seu ad

eos solos jure pertineat, nemo dubitabit; ideoque de illo libere disponere possunt. Die Verleger aber (p. 11) consequuntur ex contractu licito atque permisso jus quaesitum irrevocabile, consequuntur, ut jus manuscripta sibi acquisita imprimendi soli obtineant, libros impressos tanquam legitima sustentationis suae media semper omnibus exclusis, et peregrinis et civibus, immo auctoribus, a quibus MSS. pretio suo emerunt, vendendi, et, ut verbo dicam, suo arbitratu ac lubitu disponere de iisdem possunt . . . — —.

Merkwürdig ist Thurneisen's fortschrittlicher Standpunkt in der Würdigung des internationalen Autorrechts: Der Nachdruck ausländischer Werke sei gestattet, wenn sie in so fremden Ländern erschienen seien, daß eine buchhändlerische Beziehung nicht besteht, und in Ländern, die mit uns weder in eine ausdrückliche noch in eine stillschweigende Vereinbarung getreten sind (S. 8 und 9). Es bedurfte 1½ Jahrhundert, bis diese Idee des Schweizers zur praktischen Durchführung gelangte in der Berner Convention!

Mit vielem Apparat an Material wird die Eigenthumstheorie auch ausgeführt in der merkwürdigen Schrift:

> Unpartheyisches Bedenken, worinnen aus allen natürlichen, göttlich- und menschlichen Civil- und Criminalrechten und Gesetzen klar und deutlich ausgeführet und bewiesen wird, daß der unbefugte Nachdruck privilegirter und unprivilegirter Bücher ein grob- und schändliches, allen göttlich und menschlichen Rechten und Gesetzen zuwider laufendes Verbrechen, und infamer Diebstahl sei. Cölln, bei Peter Marteau, 1742.

Auch hier wird angenommen, dem Verleger, der justo titulo das Buch erhandelt hat, stehe „das Eigenthum cum jure prohibendi zu". „Mithin kann das Recht des Verlegers, seine eigenthümliche Sache und Verlagsbuch alleine

und mit Ausschließung anderer zu drucken kein Monopolium, viel weniger ein schädlich Monopolium genennet werden" (S. 138, 139).

Die wichtigsten Sonderschriften Ende vorigen Jahrhunderts über die Materie sind von Pütter, Ehlers und Gräff. Pütter, der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts (Göttingen 1774) nimmt eine Art von Verlagsrecht an, das der Verleger vom Autor erwirbt und durch Verkauf der Exemplare nicht weiter überträgt (S. 27, 44); der Vergleich, den er zur Erläuterung bringt, daß quoties servus venit, non cum peculio distrahitur (fr. 29 de contr. emt.) führt allerdings auf Abwege und erklärt die Sache nicht. Die Art dieses Verlagsrechts sei vom Eigenthum verschieden, aber doch dem Eigenthum verwandt, so daß die Verletzung zwar nicht furtum im eigentlichen Sinne, aber quasi furtum sei (S. 69). Leider vermissen wir eine tiefere juristisch-technische Ausführung dieser Gedanken, während das Werk durch die darin enthaltenen Nachweise aus früherer Zeit unschätzbar ist.

Vor andern ausgezeichnet ist die Darstellung von Ehlers, Ueber die Unzulässigkeit des Büchernachdrucks nach dem natürlichen Zwangsrecht (Dessau und Leipzig 1784). Er konstuirt ein Gedankeneigenthum mit Rücksicht auf das Recht des Erzeugers am Erzeugten. Die Gedanken eines Menschen seien dessen Eigenthum, und es könne Niemand anders, als durch Vertrag dazu gelangen. Zwar könnten Andere aus diesen Gedanken ihre Kenntnisse bereichern, allein dadurch würden die Gedanken nicht ihr Eigenthum (S. 22). Daher habe der Autor auch ein ausschließliches Uebersetzungsrecht (S. 89f.). Das Autorrecht sei kein Privileg: „was durch ein Privilegium erst seine Rechtskraft erhalten muß, hat diese Rechtskraft nicht aus der innern Natur der Sache" (S. 144).

Aehnlich Kayser, Abstellung des Büchernachdruckes (1790 S. 7f.).

Eine etwas andere Wendung findet sich bei Gräff, Versuch einer einleuchtenden Darstellung des Eigenthums und der Eigenthumsrechte des Schriftstellers und Verlegers (Leipzig 1794). Er argumentirt so: „Die Kräfte des Geistes, sowie die Früchte desselben, sind ein ausschließendes und unbestreitbares Eigenthum des Schriftstellers. Das Eigenthum der Fähigkeiten und Kräfte des Geistes, sowie die damit verbundenen Rechte kann ein Schriftsteller niemals verkaufen, und einem Anderen abtreten; allein das Eigenthum der Früchte dieser Fähigkeiten und Kräfte, und die damit verbundenen Rechte, kann er verkaufen, und einem Anderen abtreten" (S. 5).

Zu erwähnen sind ferner Becker, das Eigenthum an Geisteswerken (Frankfurt und Leipzig 1789): „Wenn ich ein Buch fabrizire (sic!), so erzeuge ich auf meinem Grund und Boden, durch meinen Fleiß, aus meinem Stoff, der mich mein Geld kostet, ein Produkt, dessen Werth eben so wohl mein Eigenthum ist, als der Werth des Getreides und Weines dem Land- und Weinbauer" — — S. 27f.).

Ferner Ganz, Uebersicht der Gründe wegen des Strafbaren des Büchernachdrucks (Regensburg 1790): „Es ist erster und unwidersprechlicher Grundsatz, daß jeder Mensch Eigenthümer der ihm angebornen und nachher ausgebildeten Kräfte des Geistes und Körpers ist .... Ebenso unbestritten ist sein Eigenthumsrecht an demjenigen, was er durch eigene Kräfte und Mittel hervorbringet" (S. 1f.).

Eine weitere Wendung bringt Lindenberg, Ueber den Verlagsraub (Leipzig 1792): Der Schriftsteller hat ein ausschließliches Recht am Manuscript und damit das Recht, es drucken zu lassen oder nicht. Durch den Druck wird aber das, was das Recht der Einzelnen war, nicht res nullius (S. 28f., 35f.).

Nicht außer Betracht dürfen endlich die zahlreichen, das geistige Eigenthum betreffenden Aeußerungen in Aktenstücken,

Prozeßschriften u. dgl. bleiben — sie sind Emanationen der Denkart jener Zeit[55]).

Dazu kommen nun die Erörterungen der Philosophen, soweit sie juristischen Geist verrathen. Nicht hieher gehören die Argumentationen von Kant[56]). Denn die verwunderliche Vorstellung, als ob der Autor mit jedem Buchexemplar an das Publikum spreche, so daß ihn der Nachdrucker unerlaubt an die Menschheit sprechen lasse, ist keinem juristischen Boden entsprungen, sondern die abenteuerliche Ausgeburt eines unjuristischen Genius. Diese Idee hat schon in meinem Autorrecht S. 345 ihre Würdigung gefunden. Es ist die Idee des gleichen formalistischen gemüthlosen Schematikers, der sich nicht enthält, die Ehe als eine Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften zu bezeichnen (ebenda § 24 S. 83), und annimmt, daß wir zum Urheber des Mordes werden, wenn wir dem Mörder auf die Frage, ob das Opfer zu Hause ist, in guter Absicht eine verneinende Antwort geben und wenn nun das Opfer ohne unser Wissen ausgegangen ist und so dem Mörder zur Beute fällt: „wer also lügt, so gutmüthig er dabei auch gesinnt sein mag, muß die Folgen davon, selbst vor dem bürgerlichen Gerichtshofe, verantworten und dafür büßen, so unvorhergesehen sie auch immer sein mögen" (Ueber ein vermeintliches Recht, aus

55) Mitgetheilt von Kirchhoff im Archiv f. Geschichte des deutschen Buchhandels, XV S. 242 f. Nachdrucksprozesse gibt es im 18. Jahrhundert eine Menge, doch fast durchgängig auf Grund von Privilegien. Allerdings blitzt auch hier vielfach das Autorrecht durch, weil die Privilegien nicht selten kollidirten und die Frage über sub- und obreptio privilegii immer offen war. Darum wäre eine juristische Prüfung der Akten sehr wünschenswerth. Ueber einen Nachdrucksprozeß aus dem 18. Jahrhundert berichtet auch Koch ebenda XIV, S. 142.

56) Methaphysik der Sitten, Rechtslehre § 31 II, Sämmtliche Werke B. V (Leipzig 1838) S. 97 f.

Menschenliebe zu lügen — ebenda V, S. 471). Wer derartige Aufstellungen wagt, kann nicht auf juristische Beachtung Anspruch machen.

Dagegen hat Fichte in einer für seine Zeit sehr bemerkenswerthen Abhandlung der Idee des geistigen Eigenthums neue Seiten abgewonnen. Als der Rationalist Reimarus in einer ziemlich schwachen Abhandlung die Gründe gegen den Nachdruck zu widerlegen suchte (im deutschen Magazin 1791), trat ihm Fichte entgegen in der Berliner Monatsschrift von 1793 XXI, S. 443f.[57]). Ihm gebührt das Verdienst, zuerst dem Gebilde des Gedankeneigenthums näher gekommen zu sein; er wußte in dem bisher nur wenig erfaßten Stoff eine Gliederung und Formung zu entdecken, wie keiner vor ihm. So unterscheidet er zwischen dem Inhalt des Gedankens und der Form, der Wendung, den Worten, mit denen der Gedanke vorgetragen wird[58]). Der Inhalt des Gedankens hört durch die Bekanntmachung des Buches auf, das Eigenthum des Verfassers zu sein; anders verhält es sich mit der Form: diese bleibe sein Eigenthum und er habe „das Recht, zu verhindern, daß Niemand in sein ausschließendes Eigenthum dieser Form Eingriffe thue und sich des Besitzes bemächtige“[59]).

„Dies alles als erwiesen vorausgesetzt, muß, wenn jeder ein Dieb ist, der um Gewinnstes willen den Genuß des Eigenthums anderer an sich reißt, der Nachdrucker ohne Zweifel einer sein“[60]).

Daneben laufen allerdings Irrthümer unter. Die Beschränkung auf die Form ist nur theilweise richtig. Die Annahme, Kupferstiche von Gemälden seien kein Nachdruck, weil sie die Form verändern, auch das Nachstechen eines

57) Sämmtliche Werke VIII, S. 123f.
58) Ebenda S. 225.
59) Ebenda S. 228.
60) Ebenda S. 233.

Kupferstiches nicht, nur der unbefugte Nachdruck von den Originalplatten[61]), dieser unrichtige Gedanke, ist eine Folge solcher prinzipieller Unrichtigkeit; ebenso die Annahme, daß Produkte der mechanischen Kunst von Jedem nachgemacht werden dürften, außer wenn sie ein zeitweiliges Privileg hätten, für das allerdings die Billigkeit spräche[62]).

Trotz dieser Gebrechen muß der Versuch Fichte's, den bisher vagen Begriff des geistigen Eigenthums zu charakterisiren, als das Bedeutendste betrachtet werden, was im 18. Jahrhundert für die Konstruktion des sog. geistigen Eigenthums geleistet worden ist.

Das Bestreben, das Geistige des Buches als etwas Besonderes auszuscheiden, lag übrigens damals in der Luft, wenn auch der Gedanke von Niemanden eine solch feine Ausarbeitung erfuhr, wie von Fichte. Hierher gehört auch eine Stelle in dem von Sonnenfels verfaßten „Vortrag der Studien- und Censurhofkommission zu Wien über den Nachdruck fremder Bücher". Es heißt hier, der scheinbarste Grund für den Nachdruck sei, daß ja auch die Nachahmung von Manufakturwaaren erlaubt sei. Dagegen führt nun Sonnenfels folgendes aus: „Bei diesem Vergleiche ist der wesentlichste und entscheidende Unterschied aus dem Gesichte gelassen, daß, um dieses durch ein Beyspiel deutlicher zu machen, der Fabrikant, welcher Lionerstoff nachahmen will, in Geschmack, Zeichnung, Seidenweberey u. s. w. selbst die ganze Geschicklichkeit eines Lioner Fabrikanten besitzen muß, sonst ist die Waare, die er liefert, nicht Lionerstoff. Hingegen kann ein stummer Buchdrucker die Werke eines Demosthenes nachdrucken"[63]).

Der innere Grund ist ersichtlich: hinter dem Autorwerk

---

61) Ebenda S. 237.

62) Ebenda S. 235.

63) Die Eingabe findet sich in der oben erwähnten Schrift von Kayser, S. 45, 47f.

steckt ein über die Schrift- oder Druckdarstellung hinausgehendes Etwas, und dieses ist der Gegenstand des Schutzes; während der ganze Vorzug der Waaren in der äußeren Herstellung beruht. Daß allerdings auch in der Fabrikation und Herstellungsweise, wie in der Form und in der Verzierung der Waare Gedanken schlummern können, die nicht schon in der Herstellungsgeschicklichkeit liegen und die der Nachahmer nicht selbst in sich gestaltet, sondern der Schöpfung des Anderen sklavisch entnimmt, daß also auch hier ein von der äußeren Waare verschiedenes Geistige möglich ist, das zum Gegenstand des Rechts werden kann, dies ist jener Zeit noch nicht zum Bewußtsein gekommen; es konnte ihr noch nicht zum Bewußtsein kommen — man muß zufrieden sein, daß der Gedanke des geistigen Eigenthums da zum unzweifelhaften Durchbruch gelangte, wo die Geistigkeit sich mit gebieterischer Kraft aufdrängte.

Auch in der staatlichen Anerkennung machte die Idee des geistigen Eigenthums im 18. Jahrhundert Fortschritte. Außer jenem Sächsischen Büchermandat von 1773, das die bereits befestigten Ideen neu gestaltete, gehören hieher die verschiedenen Anordnungen, worin der Verkauf nachgedruckter Bücher verboten wurde. Hervorzuheben ist das Hannoveranische Requisitionsschreiben, bezüglich Pütters Compendium juris publici, an den Rath der Stadt Frankfurt vom 6. Dezember 1753, worin gesagt wird, daß „dergleichen Nachdruck an sich und überhaupt unbillig und unrecht, der gegenwärtige aber besonders mit zudringlichen, auf eine vorsätzliche Vervortheilung und Broddieberei hinauslaufenden Umständen begleitet“ sei. Daraufhin wurde vom Frankfurter Magistrat der Verkauf der Nachdrucke verboten und ein gleiches Verbot erging in Hannover am 22. Oktober 1754[64]).

---

64) Ich entnehme diese Aktenstücke oben erwähnter Schrift von Kayser, S. 27—30.

Andererseits blieb die unzweifelhafte Schwäche der bisherigen Konstruktion nicht verborgen; sie wurde von den Gegnern des Autorrechtes erfaßt; allerdings die Art, wie sie sich ihrer bedienen, um die Hauptsache zu stürzen, zeigt von wenig gesundem juristischem Sinne, und was das 18. Jahrhundert in dieser Richtung gebracht, ist nicht besonders rühmenswerth. Als Gegner trat, wie bereits bemerkt, Reimarus (im deutschen Magazin 1791)[65]) auf; sodann Knigge, Ueber den Büchernachdruck (Hamburg 1792). Es sind dieselben Gründe, die wir seitdem hundertfach gehört haben: man dürfe das Recht auf ein Manuscript mit dem Recht auf den Inhalt des Manuscripts nicht verwechseln; jenes könne dem Verfasser oder Käufer Niemand streitig machen, aber an dem Inhalte gäbe es keinen Besitz; Weisheit, Wahrheit, Witz seien eben sowohl res communes, wie Meer und Luft (Knigge S. 34, 35).

§ 8.

Im 19. Jahrhundert findet der Begriff des geistigen Eigenthums seine Läuterung. Der Unterschied zwischen dem Recht am Manuskript als solchem und dem Recht an seinem Inhalte oder vielmehr an der Form, in der sich der Gedankeninhalt äußert, wie ihn bereits Fichte erfaßt hatte, wird zu Grunde gelegt, und auf dieser Basis beginnt man, die Idee ernstlich zu entfalten. Mit großer Schärfe wird dieser Unterschied von dem gewaltigen Denker aufgestellt, der den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts die Richtschnur gab. Hegel, in seiner Philosophie des Rechts § 69 besagt: „Indem der Erwerber eines solchen Produkts an dem Exemplar als Einzelnem den vollen Gebrauch und Werth desselben besitzt, so ist er vollkommener und freier Eigenthümer desselben als eines Einzelnen, obgleich der Verfasser

65) Es ist der Aufsatz, gegen den sich Fichte kehrte.

der Schrift oder der Erfinder der technischen Vorrichtung Eigenthümer der allgemeinen Art und Weise bleibt, dergleichen Produkte und Sachen zu vervielfältigen, als welche allgemeine Art und Weise er nicht unmittelbar veräußert hat, sondern sich dieselbe als eigenthümliche Aeußerung vorbehalten kann."

Noch treffender der andere Geist, der vornehmlich die zweite Hälfte unseres Jahrhunderts beeinflußt hat, Schopenhauer. Er charakterisirt das Eigenthum am Gedankenwerke des Autors als ein immaterielles, weßhalb der Gesetzesschutz sich nicht auf die materiellen Objekte, sondern auf das mitzutheilende Immaterielle beziehen müsse, und zwar in der Art, daß der Autor sein Gedankenwerk mittheilen kann, ohne das Eigenthum am Immateriellen gefährdet zu sehen[66]).

Entsprechend wurde das geistige Eigenthum als ein Eigenthum an der Gedankenform, an der Form der Gedankeneinkleidung vertheidigt von Schmid, der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik (1823), S. 78 f.; als ein Eigenthum, nicht am Gedanken, aber am Gedankenzeichen bei Krug, Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck, rechtlich, sittlich und klüglich betrachtet (Leipzig 1823)[67]); und als Eigenthum an der Rede, an der durch bestimmte Worte abgegrenzten, durch sichtliche Zeichen bleibend dargestellten, einen vollständigen Gedanken enthaltenden Aeußerung von Kramer, Rechte der Schriftsteller und Verleger (1827), S. 53 f.

Allerdings verschärft sich jetzt auch die Polemik; zunächst die Polemik gegen den Begriff des geistigen Eigenthums;

---

66) Nachlaß, Herausgegeben von Frauenstädt, S. 380 f., citirt in meinem Patentrecht, S. 10 f.

67) „Nun hat der schlechteste Schriftsteller, der vielleicht in seinem Leben nicht Einen eigenthümlichen Gedanken erzeugte, doch jene Gedankenzeichen auf eine ihm eigenthümliche Weise zusammengesetzt, und diese Zusammensetzung ist sein Erzeugniß, wie die Komposition der Noten (Tonzeichen) das Produkt des Tonsetzers" (S. 32, 33).

aber, von der theoretischen Polemik ausgehend, wird man vielfach praktisch, und der Büchernachdruck findet seine überzeugten Vertheidiger. Und hat sich im 18. Jahrhundert der Angriff gegen das durch eine unvollkommene Konstruktion umfaßte Recht noch in ziemlich bescheidenen Grenzen bewegt, so wird jetzt die Opposition gegen das Autorrecht schärfer und prinzipieller. Das Autorrecht wird auch vom legislativen Standpunkte angegriffen — allerdings hat die Sache ein arges Wie.

In recht milder Form allerdings ist eine Schrift abgefaßt, die in Leipzig 1815 anonym erschienen ist unter dem Titel „Vertheidigung des Büchernachdrucks in Oesterreich". Der Verfasser geht speziell von den österreichischen Verhältnissen aus und belobt Joseph II., daß er den Nachdruck deutscher Bücher in Oesterreich erlaubt, den Nachdruck österreichischer Bücher aber verboten habe. Es handelt sich hier um internationale Maßregeln, die bei außerordentlichen Verhältnissen in milderes Licht treten oder gar vorübergehend eine gewisse historische Entschuldigung finden können.

Im Gegensatz dazu tritt der juristische Formalismus und die äußerliche Oede, die nicht über die Schale hinaussieht, drastisch hervor in der Schrift von Griesinger, der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik (Stuttgart 1822). Argumentationen finden sich wie folgende: durch den Kauf erhält der Nachdrucker das Eigenthum des Ganzen, der Inhalt ist aber ein Theil des Ganzen, also, indem er das Ganze kauft, kauft er auch den Theil, das heißt, den Inhalt (S. 16). Was dem Verfasser bleibt, das sei die Autorschaft und die Ehre der Autorschaft, das Bucheigenthum aber gehe verloren, sobald der Verfasser oder Verleger ein Exemplar an den Nachdrucker verkaufe (S. 17). Wer etwas kauft, kann die gekaufte Sache vervielfältigen, soweit es möglich ist, also warum nicht der Nachdrucker (S. 19)? zudem wendet ja auch

der Nachdrucker seine Arbeit auf, wenn diese auch keine schwere ist (S. 18). Von einem Diebstahl könne keine Rede sein, denn einmal gebe es keinen Diebstahl an unkörperlichen Sachen, sodann erkläre ja der Nachdrucker offen den Verfasser als Verfasser, er veranstalte ja auch den Nachdruck auf seine Kosten und thue nur das, was Sache der natürlichen Freiheit sei (S. 22 f.). Wenn der Verleger geschädigt werde, so käme das gegenüber einem solchen, der sich nur der natürlichen Freiheit bedient, nicht in Betracht. Den Nachdrucker als Dieb bezeichnen, sei schließlich ebenso ungerechtfertigt, als wenn die Dirne den leuchtenden Mond ihren Broddieb nenne (S. 23)! Ein weiteres Eingehen wird man uns ersparen.

Schon einige Jahre vor Griesinger war eine Schrift von Krause erschienen: Ueber den Nachdruck (Stuttgart 1817), eine schwächere Schrift, die sich gegen die öffentliche Meinung, die den Nachdruck schwer verpönte, aufzulehnen sucht, dabei aber indirekt ein lebhaftes Zeugniß gibt für die siegreiche Kraft der Ideen, gegen die sich jene schalen Gründe nicht zu halten vermögen. Die öffentliche Meinung (die für den Autorschutz spräche), sei eben durch die Bekämpfung des Nachdruckes mißleitet; sie sei auch nicht immer ein sicherer Führer, da es beispielsweise (in der damaligen Zeit) als öffentliche Meinung gegolten habe, als ob es nicht unrecht sei, die Accise zu betrügen; es wäre ja auch öffentliche Meinung, daß man sich dem Duell unterwerfen müsse, daß man den Handwerker betrügen dürfe, aber seine Spielschulden pünktlich bezahlen müsse (S. 56 f.)!

Ein späterer Vertheidiger des Nachdrucks, Höpfner, „der Nachdruck ist nicht rechtswidrig", eine wissenschaftliche Erörterung (Grimma 1843[68]), klammert sich krampfhaft

68) Diese Schrift ist übrigens insofern bedeutsam, als sie auf S. 1—10 eine sehr reiche Bibliographie von älteren Schriften über diese Materie, insbesondere auch von Zeitschriftartikeln bringt.

an die Argumentation, daß ein Eigenthum nur an körperlichen Sachen möglich sei (S. 52), und führt weiter aus, das Eigenthum könne nur an einer fremden Sache oder einer res nullius erworben werden, nichts derart liege hier vor (S. 52 f.). Dabei betrachtet es der Verfasser als selbstverständlich, daß ein Nachdruck nicht vor dem Druck erfolgen könne und insbesondere eine Improvisation nicht unter den Autorschutz falle (S. 21 f.).

So was den Angriff gegen die Sache selbst betrifft.

Noch mehr aber nehmen die Kritiken gegen die Konstruktion des geistigen Eigenthums zu; ihnen schließen sich leider fast alle Germanisten an, die sich dann bald der einen, bald der andern Idee in die Arme werfen; es ist bedeutungsvoll geworden, daß die Lehre des Autorrechts, mit der germanistischen Disciplin überhaupt, einer Reihe von Männern anvertraut war, wie Bluntschli, Mittermaier, Beseler, deren Stärke eben niemals in der Konstruktion gelegen war. Mit einer äußerlichen Ablehnung des geistigen Eigenthums verband man eine unzulängliche positive Charakteristik und Gliederung.

Insbesondere die personenrechtliche Konstruktion des Autorrechts, die völlig verkennt, wie das Autorwerk, nachdem es geschaffen, eine selbstständige Größe wird, unabhängig und abgelöst von der Person seines Urhebers, mit ihr nur noch zusammenhängend durch die historische Thatsache der Urheberschaft und durch einige individualrechtliche Beziehungen, diese personenrechtliche Konstruktion fand unter den Germanisten viele Anhänger. Führte sie ja doch auf Kant zurück: Kant mußte natürlich auch ein großer Jurist sein, weil man in ihm seine Erleuchtung für Philosophie und Ethik schöpfen mußte, und Kant hatte ja gemeint, im Werke spricht der Autor, und es ist eine Verletzung seiner Person, ihn ohne seinen Willen sprechen zu lassen — eine Argumentation, mit der man ebenso gut beweisen könnte, daß es nicht ge-

stattet sei, den Brief eines Angeklagten zur Verlesung zu bringen. Doch man glaubte dies, und die Anhänger dieser Theorie waren ziemlich zahlreich; Neustetel, der Büchernachdruck nach römischem Recht betrachtet (Heidelberg 1824), suchte ein romanistisches Gewand um sie zu breiten; und nun folgten die Germanisten.

So insbesondere Bluntschli in seinem deutschen Privatrecht § 46; auch er hat die personenrechtliche Lehre: zu verwundern ist nur, wie trotz dieser Personenrechtstheorie nichts destoweniger das literarische Erzeugniß als Gegenstand des Autorrechts gilt (§ 48); und mit der größten Sicherheit wird die Uebertragbarkeit ausgesprochen (§ 49), ohne daß erhellt, wie dieses Personenrecht auf einmal, wie das Recht an einem Handschuh, auf ein fremdes Menschenkind übergehen könne. Aehnlich verhält es sich mit Beseler's Privatrecht § 210 und § 212; und bei dieser durchaus unzureichenden konstruktiven Gestaltung enthält der § 210 Note 8 (Ausgabe 1885) die zuversichtliche Behauptung, daß meine Darstellung im Autorrecht, welche Urheber- und Individualrecht scharf auseinanderhält, ein einheitliches Institut willkürlich zerreiße und darum verfehlt sei!

Diese Sprüche sind in der Jetztzeit bereits überwunden.

Weit bedeutungsvoller, als die konstruktiven Versuche der genannten Autoren, ist die Schrift von Lange, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum (1858): er geht von dem Satze aus, daß am Autorwerk kein Eigenthum im eigentlichen Sinn, sondern nur ein Eigenthum im allgemeinen Sinne eines Rechts möglich sei (S. 12 f.). Der Grund des Autorschutzes liege vielmehr darin, daß es unstatthaft sei, daß über ein Resultat geistiger Anstrengung jeder Andere durch rein mechanische Thätigkeit verfügen dürfe (S. 37). Damit kommt der Verfasser zur Konstruktion des Autorrechts als eines Personenrechts, das er mit dem Besitze zusammen-

stellt, der ja nach Puchta gleichfalls ein Personenrecht sei (S. 42 f.)!

Andere ließen auch diese Erklärung bei Seite und glaubten, in der Privilegientheorie den richtigen Kern zu finden, oder sie verwarfen ein jedes positive Recht und erklärten den Autorschutz als einen lediglichen Rückschlag von Deliktsgesetzen: es sei unrichtig, auch auf diesem Gebiete einen stolzen konstruktiven Bau des Rechts zu suchen; das Autorrecht sei nur ein bescheidener Anbau und man dürfe sich nicht von einem unangebrachten Gefühl für Aesthetik leiten lassen, um auch diesen Theil des Rechts zu einem stolzen Kunstwerke auszubauen: natürlich, der Kapitalist mit Eigenthum und Obligationenrecht wohnt gegen die Façade hin, der Autor mit seinem Autorrecht muß sich auch in der Rechtsästhetik mit dem Hinterbau begnügen. Ich habe die Theorie Gerber's (Jahrbücher f. Dogmatik III, S. 359 f.) einer Kritik unterworfen, die nicht zu lebhaft ist gegenüber dem großen Irrthume, den die bekämpfte Lehre im Schooße birgt.

Schon vor Gerber war Jolly in seiner fleißigen Schrift über die Lehre vom Nachdruck (1852) zu dem recht unbefriedigenden Resultate gekommen: „Das Recht des Autors . . ., wenn es anders nicht ein Privilegium ist, sondern auf einem allgemeinen Rechtssatz beruht, kann nur in der Form gedacht werden, daß seine Verletzung als Delict gilt, da hier eine an und für sich nach der natürlichen Freiheit des Menschen zulässige Handlung lediglich um deßwillen unterlassen werden soll, weil sie die billiger und gerechter (!!) Weise anzuerkennende und zu schützende Vermögenssphäre eines Andern verletzen würde (S. 92)."

Die Privilegientheorie aber hat von jeher eine große Rolle gespielt[69]), allerdings zunächst aus dem äußer-

69) Nicht ungeschickt, ja mitunter sehr niedlich ist auch die Vertheidigung der Privilegientheorie bei Hölzl, Abhandlung über den

lichen Grund, daß die Autorrechte aus Privilegien, d. h. Specialgesetzen hervorgegangen sind. Allein die Privilegientheorie erklärt nichts, sie enthält keine Spur einer Konstruktion; sie gibt nur die Art der Entstehung wieder, nicht die Art des Rechts. Privilegien können ja der verschiedensten Art sein, dinglicher wie obligationsrechtlicher Art: es wurden schon Privilegien ertheilt, um ein Fluß- oder Seewasser auszubeuten, Privilegien der Jagd und Fischerei, wie Privilegien, um von vorübergehenden Waaren einen Zoll zu erheben.

Doch wollte die Privilegientheorie allerdings etwas speziellles; der zu Grund liegende konstruktive Gedanke war der: man schloß das Autorprivilegium an die Gewerbeprivilegien an und sagte: es ist in seiner Anlage und Technik ein Monopol, ein ausschließliches Gewerberecht, ein Recht, Andere vom gleichen Gewerbe (in Bezug auf das Autorwerk) auszuschließen. Aber damit erklärte man das eine Unbekannte durch das Andere. Denn für die Gewerbemonopole hatte man vor Entdeckung der Immaterialrechte überhaupt keine Konstruktion, welche den Namen einer Konstruktion tragen kann. Mit der Definition vom ausschließlichen Herstellungsrechte oder vom Rechte, Andere auszuschließen, ist nichts gethan: ein solches Ausschlußrecht kann auf dinglicher Grundlage beruhen, auf Vertrag (allerdings beschränkt auf die, so dem Vertrag beigetreten sind); es kann aber auch darauf beruhen, daß durch Staatsakt ein bestimmter Gewerbebetrieb als immaterielles Gut dem Monopolisten überantwortet ist. Dann liegt eben ein Immaterialrecht vor, und der Ausdruck „Monopol" oder „Privileg" bezeichnet nur das so zu sagen Willkürliche, das Künstliche, das nicht aus den Ver-

Büchernachdruck (1840). Wenn es in Urzeiten gestattet war, die Worte der Weisen weiter zu tragen, wie solle es ein Naturrecht sein, daß nicht auch die schriftlich geäußerte Lehre weiter verbreitet werden dürfe?

hältnissen Hervorgewachsene, das der Norm Widersprechende bei der Entstehung des Rechts. Mit dem Ausdrucke, das Autorrecht beruhe auf Privileg, sagte man daher etwas Unrichtiges und etwas Nichtssagendes: etwas Unrichtiges, sofern das Einzige, was das Wort Privileg bedeuten will, nicht zutrifft und die Sache in ein schiefes Licht stellt: die Autoren dürfen nicht mit Personen in eine Reihe gestellt werden, welche lediglich angejährte Rechte haben, die ebenso gut nicht bestehen könnten, ohne daß hierdurch die Moral und das Gerechtigkeitsgefühl Noth litte. Man bezeichnete damit ferner etwas Nichtssagendes, denn mit „Privileg" ist überhaupt keine Konstruktion gegeben: man kennt hiermit zwar das Rechtssubjekt und kennt das Resultat, aber man kennt nicht die innere Wirksamkeit; der Ausschluß der Andern ist nur der Rückschlag dessen, daß der Privilegirte ausschließlich berechtigt ist; ist er aber berechtigt, so ist die Frage: woran? welches ist der Gegenstand, auf den sich das Recht bezieht: denn das Recht ist stets eine Beziehung, — und das führt geradewegs zum Immaterialgüterrecht, wie ich dies in meinem Autorrecht S. 70f. ausgeführt habe. Die Privilegientheorie konnte sich nur halten in einer Zeit, deren Konstruktionen sich noch in den Frühversuchen bewegten.

Eine Abzweigung der Privilegientheorie war die Gewerberechtstheorie, welche sich dadurch unterschied, daß sie den unrichtigen Schein des Künstlichen, Willkürlichen vermied; aber im Uebrigen trägt sie alle Schwächen der ersteren: ein Recht, das bloß negativ als Ausschlußrecht geschildert wird, ist in der That nicht konstruirt; ein Recht, bei dem es nur heißt, daß man allein etwas thun darf, ist solange nicht konstruirt, als das Thundürfen nicht unter die Kategorie einer bestimmten Beziehung gebracht wird. Denn nur wenn wir die Rechte als Beziehungen fassen, ist eine richtige Vergleichung der Rechte, eine Zusammenstellung, eine systematische Gliederung möglich.

Das Gesagte gilt noch mehr von der Kategorie des Urheber-, Autor-, Schriftstellerrechtes[70]; das sind alles ganz gute Bezeichnungen, aber sie ergeben keine Stellung im System und charakterisiren zwar den Träger oder den Ausgangspunkt des Rechts, aber nicht seine Art. Sie könnten höchstens insofern als konstruktiv gelten, als man hiermit Gewerberechte bezeichnen will, und die Kategorie der Gewerberechte ist unhaltbar, weil sie auf eine Negative gebaut ist und die Beziehungen des Berechtigten nicht aufklärt.

Zäher hat sich der Begriff des geistigen Eigenthums in der Gesetzgebung erhalten. Das Preuß. L.-R. geht allerdings, nicht zu seinem Vortheil, auch hier einen eigenen, der bisherigen Rechtsentwicklung nicht gemäßen Weg. Es spricht nicht von literarischem Eigenthum, sondern nur von Verlagsrecht, und obgleich es die Beziehungen zwischen Verleger und Autor, was das Verlagsverhältniß betrifft, ziemlich eingehend regelt, so fehlt ihm der klare Gedanke, daß der Verleger nur ein Rechtsnachfolger des Autors ist und daß das Verlagsrecht in der Person des Autors wurzelt (L.-R. I, 11 §§ 996—1036; II, 20 §§ 1294—1297).

Dagegen finden wir das geistige Eigenthum beispielsweise im Badischen L.-R. a 577 da: „Jede niedergeschriebene Abhandlung ist ursprüngliches Eigenthum dessen, der sie verfaßt hat, wenn er nicht allein aus fremdem Auftrag und für fremden Vortheil sie entwarf, in welchem Fall sie Eigenthum des Bestellers wäre". Und in a. 577 db heißt es: „Das Schrifteigenthum erstreckt sich nicht nur auf die Handschrift, sondern auch auf deren Inhalt; es enthält daher das Recht, über die Vervielfältigung durch Abschrift oder Abdruck nach Gutfinden zu verfahren". Eigenthümlich war nur der Satz, daß dieses Schrifteigenthum durch Tod des

70) Nicht weiter kommt auch Rosmini, Diritti d'autore, p. 19f.

Autors erlöschen solle, soweit nicht ein „Gnadenbrief" bestehe (a. 577 d h).

Auch das Preußische Gesetz von 1837 nennt sich „Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung" und gibt als Zweck an, daß „dem Eigenthum an den Werken der Wissenschaften und Kunst der erforderliche Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung gesichert werde".

So nennt sich auch das Gesetz von Sachsen-Weimar-Eisenach vom 11. Januar 1839: Gesetz zum Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung[71]); das Braunschweigische Gesetz vom 11. Februar 1842 heißt Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst[72]); das Oesterreichische Gesetz vom 19. Oktober 1846 ist ein Gesetz zum Schutze des literarischen und artistischen Eigenthums[73]). Ebenso spricht der Bundesbeschluß von 1837 in Art. 2 von dem Recht des Urhebers oder dessen, „der das Eigenthum des literarischen oder artistischen Werkes erworben hat"[74]) u. A.

Andere Gesetze nennen sich vorsichtiger: Gesetze zur Sicherstellung[75]), oder zum Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen[76]); und in dem bayerischen Gesetze vom 28. Juni 1865 tritt der Ausdruck Urheberrecht hervor, der in das deutsche R.-G. von 1870 übergegangen ist.

Gegen diesen Ausdruck als Gesetzesausdruck ist nichts

---

71) Eisenlohr, Sammlung der Gesetze zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums, S. 86.

72) Eisenlohr, S. 16.

73) Ueber dieses und seine Geschichte vgl. auch Schuster, Wesen des Urheberrechts, S. 34 f.

74) Hierüber ausführlich Jolly a. a. O. S. 59 f.

75) Hessen-Darmstadt, 23. Sept. 1830 (Eisenlohr, S. 25): Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger.

76) Sachsen, 22. Febr. 1844 (Eisenlohr, S. 65).

zu sagen; nur darf man nicht glauben, daß dieser Name eine wissenschaftliche Charakteristik in sich schließe: denn mit Urheberrecht kann nur die Veranlassung des Rechts, nicht sein Wesen bezeichnet sein; und wollte man die Bezeichnung pressen, so könnte man das Eigenthumsrecht des Specifikanten oder das Eigenthum des gutgläubigen Fruchterwerbers (pro cultura et cura, und „wer sät, der mäht") ebenso bezeichnen.

Ich halte den Ausdruck Autorrecht insofern für treffender, als man unter Autor speziell einen Verfasser von Schriftwerken einschließlich des Komponisten versteht (im Gegensatz zum Maler, Skulpteur und Erfinder); während der Ausdruck Urheberrecht sinngemäß auch das Kunstwerk-, Erfinder-, Musterrecht in sich faßt; in der That wäre es nicht uneben, den Ausdruck Urheberrecht als Genus, und Autorrecht als Species zu gebrauchen; und wenn ich mein Werk s. Z. Autorrecht genannt habe (1880), so hat mich durchaus nicht das Streben geleitet, um jeden Preis ein Fremdwort zu bringen.

§ 9.

So sahen wir, wie bereits im vorigen Jahrhundert der Begriff des geistigen Eigenthums in Deutschland schwere Anfechtungen zu erleiden hatte, und solche Bekämpfungen dauerten in diesem Jahrhundert weiter. Bald schob man das Autorrecht in die Personenrechte, bald auf die Privilegienbank, bald bezeichnete man es als ein Gewerberecht oder als ein jus sui generis, d. h. als ein unbestimmtes X, mit dem nichts zu machen sei. Die Lehrbücher, die auf die Auffassung der Praxis einwirkten, folgten diesen Bahnen, und die Idee des geistigen Eigenthums war im Niedergange; einige Versuche, wie von Eisenlohr, das literarisch-artistische Eigenthum (1855, S. 42 f.), machten keinen Eindruck. Die Folge war eine sehr ungünstige; die Idee des Immaterialgüterschutzes hat sich in das deutsche Rechtsleben lange nicht so eingelebt, wie in das französische. Man blieb mehr oder

minder in der äußeren Hülle stecken. Mit der Verweisung des Autorrechts unter die Personenrechte verflüchtigte man seinen Inhalt und legte das Hauptgewicht auf die Verletzung des Autors durch Wiedergabe seiner Worte; der Gedanke, daß der Nachdruck in der mechanischen Vervielfältigungsthätigkeit bestehe, in der Verletzung des Autors durch bloßes mechanisches Wiedergeben dessen, was sein Geist geistig geschaffen, dies wurde die leitende Idee. Aber damit kam man auf Irrwege; die Uebersetzungen und Umarbeitungen mußten hiernach vollkommen frei werden, und eine flüchtige Ueberarbeitung und Umänderung mit völligem Festhalten des Gedankenbildes mußte demnach von dem Vorwurf des Nachdrucks befreien. Von einem Schutze gegen Adaptationen und Utilisationen war keine Rede, und ein näheres Eingehen auf die Eigenart des Autorwerkes fehlte völlig. Und wenn man zeitweilig soweit ging, das Autorrecht mit dem Tode erlöschen zu lassen, so verfuhr man in Consequenz der verkehrten Kant'schen Vorstellung.

So ist es ganz bezeichnend, wie Dahn[77]) mit seinem vinculum spirituale zum Satze kommt, daß das Uebersetzungsrecht frei sei, da die Uebersetzung eine eigene Geistesarbeit enthalte; eine Ansicht, die, wie ich anderwärts hervorgehoben habe, zur Folge hätte, daß eine jede Verbesserungserfindung die alte Erfindung aus dem Sattel hebe[78]); und ein jedes Gemälde stünde dem Kupferstich, ein jedes Musikstück der ernstlichen Transcription offen. Die Unrichtigkeit dieser Konsequenz spricht für die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes.

Noch viel ungünstiger wirkte die Privilegientheorie. Sie beschränkte den Schutz auf das Minimum des gesetzlich Gegebenen, schloß sich ängstlich gegen den internationalen Schutz ab und kam zu der Auffassung, daß außerhalb des

---

77) Bausteine, 5. Reihe, zweite Schicht, Privatrechtliche Studien, S. 176.

78) Krit. Vierteljahresschrift, N. F. X, S. 355.

Gesetzes ein volles Vacuum bestehe, über das uns keine prinzipielle Weiterarbeit, selbst keine auslegende Interpretation hinwegführen könne, ein Vacuum, das nicht einmal von moralischen Elementen erfüllt wäre; so daß Alles, was außerhalb der Schranken des Gesetzes geschähe, nicht nur straflos, sondern wohlanständig wäre — denn wie sollte ein willkürliches Privileg noch außerhalb seiner Sphäre einen ethischen Reflex werfen? Die Willkür des Privilegs könnte doch nur in der Sphäre wirken, auf die sich die Willkür erstreckt! während bei andern Rechten, welche naturgemäß entstanden sind, der eigentliche Kern des Rechtsgebildes von einer ethischen Atmosphäre umgeben ist, so daß, wer sich auch nicht gegen das Gebilde selbst vergreift, doch möglicherweise ein schweres ethisches Verschulden auf sich lädt. Diese Vorstellung zu stärken und zu festigen, gehört zu den erziehlichen Aufgaben des Rechts, und diese wird ignorirt, ja geradezu bei Seite gelegt durch die Privilegientheorie; nichts kann eine formale, äußerliche Rechtsbehandlung mehr charakterisiren, als die vielfache Formel: es sei genug, wenn die Autoren ihr Recht hätten; ob von sich aus oder aus dem Privileg, sei unerheblich. Und auch die Theorie des Gewerberechts half nichts; denn wenn sie auch einiges von der Willkür abstreifte, so blieb doch ein Recht übrig, für das man höchstens einige vage Billigkeitsgründe hatte, das aber nicht aus dem innern Volksgefühl hervorgewachsen sei.

Im Gegensatz zur deutschen Jurisprudenz hat, wie oben bemerkt, das französische Recht die Idee des geistigen Eigenthums fast immer festgehalten; die Stimmen dagegen sind einzeln geblieben und haben keinen tiefern Eindruck gemacht[79]).

---

79) Dagegen war bespielsweise Renouard, Droit d'auteurs I, p. 441f. 455f.; Morillot, de la protection accordée aux oeuvres d'art (1878) p. 95f., vgl. hierüber meine Besprechung in der Krit. Vierteljahresschrift N. F. II, S. 510f. Die Autoren dafür s. bei Pouillet, Propriété littéraire nr. 9, p. 21, Note 3.

Darum auch die reiche Entfaltung der Jurisprudenz und das stete Bestreben, diesem sog. Eigenthum in allen Formen nachzukommen. Und wenn man im englischen Recht die Intellectual property vom Copyright abgeschieden hat, so ist der Gedanke des Intellectualeigenthums doch der treibende Faktor gewesen, der die Rechtsbildung belebte und die Jurisprudenz befruchtete.

Man hat allerdings geltend gemacht[80]), daß für das deutsche Nachdruckswesen im vorigen und im Anfang dieses Jahrhunderts hauptsächlich wirthschaftliche Verhältnisse maßgebend gewesen seien: so namentlich die mangelhafte Kommunikation, die österreichischen Geldverhältnisse, welche den Buchhandel von Leipzig nach Oesterreich mit großen Verlusten bedrohten; die mangelhafte Organisation des Buchhandels und die ungeeignete Art des Betriebes, der erst gegen Ende des vorigen Jahrhunderts vom Tausch- zum Conditionenverkehr überging. Das Gewicht dieser Umstände soll nicht verkannt werden; es ist selbstverständlich, daß nicht rechtliche Ideen allein zu so schweren Verirrungen wie dem Nachdruck führen können, daß hier vielmehr Umstände verschiedenster Art mitwirken. Allein wäre die Autoridee damals schon mächtig gewesen, man hätte die Schranke der Einzelländer trotzdem überwunden; und wenn es unmöglich war, daß ein Verlag das ganze Verkehrsgebiet beherrschte, so hätten die Umstände zu einem getheilten Verlagsrechte geführt: unüberwindlich waren die Hindernisse nicht. Dann hätten sich die Honorare der Autoren unter die verschiedenen Verleger vertheilt und die Drucke der Originalverleger wären gewiß billiger geworden.

Und so sind es natürlich nicht bloße Rechtsanschauungen, sondern auch wirthschaftliche Mißstände gewesen, welche zur Wucherung der illoyalen Konkurrenz führten; aber es ist

---

80) Vgl. Schürmann, Entwicklung des deutschen Buchhandels I, S. 256 und passim.

Aufgabe des Rechts, zu zügeln, zu sittigen, zu erheben, fortzubilden. Nie wird dies eine Privilegientheorie ermöglichen, die das Recht von der fruchtbaren Verbindung mit dem Gesammtrechtsbewußtsein ausscheidet und ihm als einem Privileg den Stempel des Willkürlichen aufdrückt; niemals die Theorie des Gewerberechts, die das Recht ohne Gegenstand läßt und darum einen blutlosen Schemen gibt, der die Menschenbrust nicht zu begeistern und die ethischen Gefühle des Volkes, die das Recht befruchten, nicht in ihrem Grunde zu erregen vermag; aber auch nicht die Personenrechtstheorie, die mit den realen Verhältnissen, namentlich mit der tagtäglichen Uebertragung des Autorrechts in schroffem Widerspruch steht.

So sehr wir darum die konstruktive Bildung des geistigen Eigenthums als eine jetzt überholte Konstruktion bekämpfen, so müssen wir ihr das verehrungsvolle Zeugniß geben, daß sie Jahrzehnte lang zur Verwirklichung des wahren Rechts mächtig beigetragen hat. Denn sie kommt der richtigen Konstruktion am nächsten und hätte erst aufgegeben werden sollen, als man die Konstruktion des Immaterialrechts gefunden hatte. Alle anderen Konstruktionen stehen weit unter ihr: die Privilegientheorie, auch die Gewerbetheorie ist inhaltlos, und die Personaltheorie ist so schemenhaft und abgeblaßt, wie der kategorische Imperativ, der denselben Urheber hat.

Die Gedankengeschichte des geistigen Eigenthums im 19. Jahrhundert, das können wir, da wir seinem Schlusse nahen, zusammenfassen, besteht in dem Kampfe der richtigen Elemente der Idee des geistigen Eigenthums, die schließlich in dem Immaterialrecht ihre Gestaltung gefunden haben und mit der Gedankenarbeit eines Fichte, Hegel und Schopenhauer zusammenhängen, mit dem formalistischen Schematismus Kant's einerseits, der das geistige Eigenthum mit dem Individualrecht verwechselte, und mit der konstruktionslosen Jurisprudenz anderseits, die in der

Gestalt der Privilegientheorie, der Idee des Gewerberechts und des substanzlosen Deliktrechts gegenwärtig im Abblühen begriffen ist. In dem Kampf zwischen dem Immaterialrecht und zwischen der individualrechtlichen Gestaltung des Autorrechts aber spiegelt sich der Kampf zwischen der die Welt mit Idealen erfüllenden und zwischen der die Welt in das Individuum und sein Pflichtgebot versenkenden Weltanschauung, der Kampf zwischen dem mystisch-phantastischen Schwaben Hegel und dem blutlosen Schematiker Kant wieder. Auf welche Seite der Siegespreis fallen wird, darüber kann schon jetzt kein Zweifel bestehen.

III.

Polemik gegen einige Neuere.

§ 10.

Ein Argument aus der Menge dessen, was die Gegner des Autorschutzes aus dem sog. gesunden Menschenverstand hervorgeholt haben, kehrt noch heute in verschiedener Anwendung wieder; und es kehrt sich von Neuem gegen die ringenden Ideen, welche unser Kulturbewußtsein für sich haben und welche von den treibenden Kräften des Kulturlebens zum Siege prädestinirt sind: das Argument nämlich, daß sich stets auch kühlere, skeptische Geister finden, die der Neuidee zunächst ablehnend gegenübertreten.

Mit Emphase ruft Griesinger (in der obigen Schrift S. 24) aus: „Wie sonderbar muß es um jene Diebstahlsbeschuldigung aussehen, wenn solche Männer den Nachdruck ganz rechtmäßig halten?"

„Wo ist sonst noch ein Beispiel aufzuweisen, daß man selbst über die Existenz eines Diebstahls so sehr im Zweifel wäre, daß der eine Theil von Philosophen und Rechtsgelehrten die Handlung für Diebstahl und Raub, der andere Theil hingegen für sehr erlaubt und rechtmäßig hält?"

Man sieht, es ist das Argument wissenschaftlicher Negative, das uns täglich von Neuem entgegentritt. Immer gibt es ganz vortreffliche Menschen, die den Neuideeen kühl bis zum innersten Busen gegenüberstehen. Aber dies gehört zu den Lebensgesetzen der Geschichte; ein Fortschritt, dem kein Widerstreben gezollt wird, beruht fast immer nur auf einer momentanen Berauschung der Menschheit: der definitive Fortschritt hat sich durch Widerstand hindurchzuarbeiten, denn er muß die Schranken früherer Zustände hinwegräumen; nur selten ist es anders, wenn nämlich durch irgend welche Kräfte diese Schranken schon vorher beseitigt sind. Dies benimmt uns natürlich nicht das Recht, die Mächte der Polemik zu erregen; denn wenn der Widerstand zu den Lebensgesetzen der Menschheit gehört, so auch der Kampf, der zum Siege führt. Und wenn man noch heutzutage entgegenhält, daß über die Konstruktion der Immaterialrechte keine Einigung herrscht, so können wir uns darüber leicht trösten: es ist trotzdem sicher, daß sie allein zur Erfassung der Lebens- und Rechtsverhältnisse führt, und was ihr entgegengesetzt wird, ist immer nur ein, oft höchst seltsamer Tadel — man denke nur an die vielfache Bekämpfung des imaginären Bildes, als ob eine nicht sichtbare Größe etwas so unerhörtes wäre und unsere Erkenntniß auf das Sinnfällige beschränkt bliebe —; ein Bessermachen haben wir nirgends gefunden, so insbesondere nicht in den Ausführungen Benedikt's in den Juristischen Blättern 1893, S. 243f.

Wer noch auf dem Standpunkt steht, das Autorrecht in thesi auf das mechanische Reproduktionsrecht zu beschränken, so daß jede geistige Verarbeitung hinreichen soll, das Werk auf ein autorfreies Gebiet hinüber zu leiten, der folgt einer veralteten Weise, die nicht in Rücksicht zieht, wie stark geradezu heutzutage gegen das Autorrecht durch Benützung und Ausnützung gefehlt wird unter Vermeidung der wörtlichen Wiedergabe. Wie wenig eine solche Behand-

lung durchzuführen ist, zeigt der Versuch Benedikt's, das Autorrecht zu konstruiren: es seien drei Elemente zu unterscheiden: das Autorrecht im engern Sinne als das ausschließliche Recht der mechanischen Vervielfältigung, das Individual- oder Personenrecht auf Anerkennung der geistigen Vaterschaft und Schutz gegen Veröffentlichung wider den Willen des Autors, und sodann ein Monopol des Autors auf über die mechanische Vervielfältigung hinausgehende Ausbeutung des Intellektualguts (S. 243, 244).

Also doch wieder das Monopol! — ein formloser Nothbau, den man anfügt, weil man gewisse Dinge in dem selbstgeschaffenen Begriff nicht unterbringen kann. Aber das entspricht den Regeln der Wissenschaft nicht, und zudem ist das Monopol nur ein Wort, dem keine Spur konstruktiver Macht innewohnt. Laßt nur dem Autorrecht den richtigen vollen Inhalt, so könnt ihr des Monopols entrathen! es bleibt dann Autor- und Individualrecht, wie es derjenige Schriftsteller seit Jahren vertreten hat, gegen den man gerade in Oesterreich neuerdings von mancher Seite eine so lebhafte Polemik eröffnet — wenn nur der Polemik eine gleich energische aufbauende Schöpferthätigkeit zur Seite ginge! dann wollte ich sie schon begrüßen!

Aber allerdings, die Uebersetzungen sind häufig Umdichtungen (S. 255) und mein imaginäres Bild sei etwas „verschwommenes" (S. 256) — ja, es handelt sich eben nur darum, dieses ideelle zu fassen; alle schwierigen Begriffe, vom Begriff der Erfindung bis zu dem der Geisteskrankheit, sind schwer zu umgränzen; aber darum diese Begriffe als verschwommen bei Seite zu setzen, das würde zu dem Verfahren jener Staaten führen, die eben einfach argumentirten: die Erfindung läßt sich nicht definiren, also versagen wir den Erfindungsschutz. Was ich an Umgränzung und Charakteristik des imaginären Bildes geleistet, wird nirgends widerlegt; und während ich ausdrücklich die Gattungstypen ab-

gelehnt und hervorgehoben habe, daß nur eine individuell zum Ausdruck gebrachte Idee den Schutz genießt[81]), so hält Benedikt die Frage entgegen, ob man etwa das Oval der Leonardo'schen Frauenköpfe[82]) oder Böcklin's Seeungeheuer als Eigenthum dieser Meister erklären wolle. Und wenn ich die Gränze nach allen Richtungen abstecke, so wird mir als Schwäche ausgelegt, daß ich ausdrücklich sagen müsse, „daß die Idee des tiefbewegten, im Mondlicht zur Ruhe kommenden Herzens nicht in Goethe's actionablem Autorrecht stehe" (S. 243). Und wenn ich eine Analyse des Goethe'schen Mondgedichts gebe und zeige, daß ein Nachdruck unter Veränderung der Worte möglich sei, so behauptet er, die Paraphrase, die ich gebe, sei „thatsächlich ein wörtlicher Nachdruck unter Umstellung einiger weniger Wörter" (S. 243). Hiergegen kann ich getrost verweisen auf S. 125 und 126 meines literarisch-artistischen Kunstwerks, wo vor allem die Aenderung eingeführt ist, daß statt der dramatischen Anrede die Erzählung gewählt wird („erfüllt" statt „füllest"), daß ein „nie gestilltes" Herz beigefügt wird — was natürlich völlig unerheblich ist, da es sich ja von selbst versteht, daß des Dichters Herz niemals zu stillen ist. Und wenn Benedikt bei meiner Methode der kritischen Analyse an das Verfahren eines Barbaren denkt, der eine Statue schon durch Abschlagen der Nasenspitze verunstalten könne, so bedarf dies keiner Erwiderung. Wie lange wird man noch von der poetischen Analyse vermeinen, daß sie den künstlerischen Genuß schmälere?

Daher bedarf es auch keiner weiteren Erwiderung gegen den kräftigen Spruch, daß meine Konstruktion, — wornach, bei Bestellung eines Porträts, der Künstler, als juristischer Vertreter des Bestellers handelnd, diesem das Autorrecht erwerbe —,

81) Literarisch-artistisches Kunstwerk, S. 48, 56, 182.

82) Gerade an dem Lionardesken Madonnentypus habe ich exemplifizirt, daß solche Typen frei sind, ebenda S. 182.

als „offenbar ganz willkürlich" bezeichnet wird (S. 278). Und daß diese Wendung des deutschen Gesetzes nicht hinreicht, alle eigenartigen Seiten des Porträtrechts zu decken, daß wir noch individualrechtliche Ansprüche hinzufügen müssen, indem es unter Umständen (aber auch nur unter Umständen) ein Unrecht sein kann, auch ohne Bestellung Jemanden nachzubilden und beispielsweise ein Porträt unter fremdem Namen auszustellen[83]) oder das Porträt einer Frau auf eine Schachtel Wachsstreichhölzer[84]) oder das Porträt eines Professors auf eine Bierkanne zu setzen, das ist ja gerade das, was ich an mehr als einer Stelle ausgeführt habe.

So sehen wir auch hier nur ein sehr pathetisches Kritisiren in einem selbstverständlichen Tone, nirgends eine greifbare Konstruktion oder einen Fortschritt in der rechtlichen Erfassung der Materie, so daß ich mich der Aufgabe entziehen kann, in gleichem Tone zu erwidern, da ich nur insoweit Polemik treibe, als hierbei etwas für die Sache gewonnen wird.

§ 11.

Ein zweiter Autor, der gegen meine Immaterialrechtslehre, nicht eben mit überwältigendem wissenschaftlichen Rüstzeug, aber mit um so größerem Muth und unläugbarer rhetorischer Gewandtheit zu Felde zog, ist Klöppel in Gruchot XXXIV, S. 7—32, XXXV, S. 76f. Aber wie so oft, sind seine Argumente nur scheinhaft blinkernd und seine Ergebnisse hinfällig.

Klöppel wendet sich zunächst gegen meine ganze Grundanschauung: das Recht sei nicht zum Güterschutze da, sondern zur Beschränkung der Eigenmacht des Einzelnen (S. 11). Diese höchst formale, auf die Naturrechtslehre zurückgehende, sich an Kant anschließende, Vorstellung, die das Recht

83) Vgl. Autorrecht, S. 130f.

84) Vgl. neuerdings Arch. f. bürgl. Recht VIII, S. 232f.

zur bloßen Negative macht, zur Schranke und zum Hemmschuh der Einzelkraft, kann ruhig bei Seite gelegt werden; sie bedarf in unserer Zeit der sozialen Rechtsanschauung keiner Widerlegung mehr. Der Einzelne ist ein Glied der Gesammtheit; in der Gesammtheit lebt er im Recht; und nicht das soll die Rechtsordnung, den Einzelnen zügeln, sondern sie soll die hehren Güter der Menschheit wahren[85]); diese hehren Güter sind Güter der Gesammtheit, wie Güter der Einzelnen, und wenn sie Güter sind, so sind sie es nicht zum Wohlgenuß, sondern zur geistigen Entwicklung der Menschen, und den Geschmacksirrthum, von „kulinarischer" Rechtsschule zu sprechen (S. 10), hätte Klöppel besser der Tagespresse überlassen. Und daß über die Güterqualität nicht der Einzelne, sondern unsere ganze Kultur- und Rechtsordnung entscheidet, versteht sich von selbst, ebenso daß die Kulturordnung eine praktische Entscheidung finden wird, wenn auch die Philosophen im Widerstreit liegen; ganz wie ja auch das Kulturleben stets ein Strafrecht kannte, obgleich man über die Strafrechtstheorie noch heute nicht einig ist. Ebenso hätte Klöppel eher die Bemerkung unterlassen, daß Schopenhauer und Hartmann von ihrem Standpunkte aus das Leben nicht als Gut zu bezeichnen hätten. Denn — von Hartmann abgesehen, der ja die Bedeutung des Lebens sehr eingehend entwickelt hat — gerade Schopenhauer hat die Bedeutung des Einzellebens für die Weltordnung hervorgehoben und darauf

85) Nach dieser Richtung hat die Rechtsordnung die Ideale des Lebens zu hegen und die Menschheit auf dem Wege des idealen Fortschritts zu erhalten. Daß die Durchführung des Rechts früher vielfach durch Eigenmacht geschah, hat hierauf gar keinen Bezug; denn es würde von völliger Verkennung der Prinzipien der vergleichenden Rechtswissenschaft zeugen, wollte man das durch Eigenmacht realisirte Recht nicht Recht nennen und das Recht erst mit dem Prozeß oder gar erst mit dem Prozeßmonopol und dem staatlichen Friedensgebote beginnen.

die Unerlaubtheit des Selbstmords gebaut[86]); denn nicht nur das ist ein Gut, was Wohlgenuß und Behagen gewährt, sondern alles was die Stellung des Menschen in der Weltordnung fördert und unterstützt; und die Argumentation, daß das Leben kein Gut sei, weil es voller Uebel und Leiden stecke, ist ebenso verkehrt, wie die kurzsehende Schlußfolgerung, daß, wenn die Welt voll Leiden sei, sie besser nicht bestünde. Ja, liegt denn das Ziel der Welt im Wohlgenuß, in Behaglichkeit und in der Freude des Daseins? Sind wir dazu da, uns unser Leben dahin zu freuen: wir haben für die höchsten Güter der Wahrheit und Schönheit und der Gottähnlichkeit zu ringen, und der Genuß der irdischen Güter besteht darin, daß wir in ihnen die Mittel finden, um diese Aufgabe zu erfüllen. Daher muß dieser ganze Excurs über die Güterlehre als verfehlt erklärt werden.

Die hohe Bedeutung der Immaterialrechtstheorie aber liegt darin, daß das Recht eben mit einem Geistigen, mit einem Gedanken, der aus vielen Verwirklichungsformen sich ableiten läßt, in Beziehung gesetzt ist, daß es mithin nicht an eine Verwirklichungsform gekettet wird, daß es das Geistige in allen seinen Formen und Metamorphosen erfaßt und erfüllt. Erst mit diesem Gedanken wurde für das Patentrecht ein richtiger Boden gefunden. Man betrachte nur die früheren Argumentationen, die in Deutschland über den Umfang der sog. Erfindungsprivilegien heimisch waren, wo man glaubte, daß eine einzelne Aenderung genüge, um sich der Umklammerung des Privilegienrechts zu entziehen, denn das Privileg erstrecke sich ja nur auf ein bestimmt Gegebenes; und man betrachte im Gegensatz dazu die Argumentation der heutigen deutschen Jurisprudenz, wo man erkennt, daß das

86) Vgl. namentlich die glänzenden Ausführungen in IV § 69 seines Hauptwerkes. Vgl. zum folgenden auch meine Gesammelten Beiträge zum Civilprozeß S. 42

Eigenrecht des Erfinders sich eben auf die ganze Erfindung als den in den einzelnen Verwirklichungsformen enthaltenen Erfindungsgedanken bezieht. Natürlich mußte der Ernst des Lebens von selbst dazu beitragen, daß sich die deutsche Jurisprudenz aus jener oberschlächtigen Behandlungsweise befreite, aber die Immaterialrechtstheorie hat ihr eben hierdurch ihre wissenschaftliche Basis gegeben. Wenn daher Klöppel annimmt (S. 12): es sei nicht einzusehen, „was die Geistigkeit, die Immaterialität der Erfindung als solcher .... mit einer „Güterrechtstheorie" zu thun haben soll ..... die Erfindung in dieser geistigen Gestalt ist zwar die Voraussetzung, aber nicht der Gegenstand des Patentrechts" (S. 12), so ist eben gerade die Hauptsache übersehen. Gerade das ist wesentlich, daß das Recht an diesem Geistigen mit all' seinen Modalitäten und Variationsmöglichkeiten besteht und daß dieses Geistige eben der Gegenstand des Rechts bildet, nicht etwa bloß die Voraussetzung für ein Recht an einem anderen Gegenstand. So nun auch vorzüglich das Reichsgericht in Sachen des Faure-Patents in der Entscheidung vom 9. Dezember 1893 (Patentbl. 1894 S. 121f.).

Der Verfasser richtet sich weiter gegen meine Charakterisirung der Erfindung und geistigen Schöpfung als Rechtsgeschäft (S. 21), aber nur unter einem großen Mißverständniß, gegen das ich mich verwahren muß. Gerade ich habe hervorgehoben, daß ein Rechtsgeschäft noch nicht dann vorliegt, wenn im Gefolge des natürlichen Werdens ein Rechtseffekt eintritt, sondern nur, wenn der Rechtserfolg an ein bestimmtes menschliches Thun geknüpft ist; daß Mähen und Melken Rechtsgeschäfte seien, könnte der Verfasser den verfehlten Deduktionen Anderer zuschreiben, nicht mir, da ich gerade diese Irrthümer systematisch klargelegt habe. Eben darin gipfelt ja meine Deduktion, daß nicht Rechtserfolge, die aus einer faktischen Stoffänderung von sich aus hervorgehen, für das Rechtsgeschäft charakteristisch sind, son-

dern nur solche Rechtseffekte die über diese, mit der faktischen Stoffänderung verbundenen, Folgen hinausgehen, und zwar deßhalb hinausgehen, weil ein Vernunftwesen in bestimmter Weise thätig war. Nach der grundlegenden Darstellung, die ich darüber in Grünhut's Zeitschrift XIII, S. 287 f. gegeben habe, darf ich mich einer weiteren Ausführung enthalten[87]).

Eine Polemik, die von solcher Grundlage ausgeht, ist zum Voraus völlig verfehlt. Und das zeigt sich Schritt für Schritt. Meiner Arbeitstheorie wird entgegengehalten, daß eine Erfindung oder ein Gedicht gerade aus einem blitzartigen Gedanken hervorgehen kann, ohne jede Planmäßigkeit (S. 24 f.). Gerade darum habe ich aber die Arbeitstheorie in die Schöpfungstheorie umgestaltet, um zum Ausdruck zu bringen, daß nicht Mühe und Trübsal, nicht einmal Methode und Planmäßigkeit zur Schöpfung erforderlich sind, sondern es einfach und blankweg genügt, daß etwas dem Geiste eines Menschen entsprungen ist. Ob man dies Arbeit oder Nichtarbeit nennen will, ist sehr gleichgiltig; doch halte ich es für einen völlig urväterlichen Standpunkt, nur das als Arbeit zu bezeichnen, wenn Jemand gerade in regelrechter Thätigkeit innerhalb der Arbeitsstunden zu großen Ergebnissen kommt — der Blitz, der den Geist durchzuckt in der Musezeit, auf der Pferdebahn, auf dem Spaziergang, ist ebenso eine Arbeit, die dem Schöpfer das Recht auf sein Arbeitsergebniß sichert; würde man nur die planmäßige Thätigkeit als Arbeit oder Schöpfung bezeichnen, dann wäre das höchste Genie in den geweihtesten Momenten arbeitslos: Arbeit ist aber auch die instinktive geniale Arbeit der Hirnnerven — und diese gerade recht.

In ausführlicher Darstellung will Klöppel sodann meine Entwicklungen über das Naturgemäße des Autor-

87) Verkehrt auch Schuster, Urheberrecht der Tonkunst, S. 83 f.

rechts bekämpfen (S. 14f.). Der ausführlichen Deduktion kurzer Schluß scheint der zu sein, daß kein Recht willkürlich ohne ein Motiv im Leben geschaffen ist, woraus folgen mag, daß der Unterschied zwischen natürlichen und künstlichen Rechten unhaltbar sei. Ja, irgend einen Grund hat Alles, es fragt sich nur, welchen. Daß auch Bannrechte ursprünglich aus Motiven des Volkslebens hervorgingen, weiß ich wohl, aber ebenso sehr muß ich betonen, daß kraft der bekanntlich im Rechte besonders starken vis inertiae eine Menge von Rechtsgedanken und Rechtsinstituten Jahrhunderte lang im Leben bestehen bleiben, deren motivirende Momente längst erloschen sind. Ebenso sicher ist es, daß oftmals ganz fremdartige Motive zu Monopolrechten geführt haben, insbesondere, wenn das Monopolrecht lediglich als Einnahmequelle für die Allgemeinheit oder für den Einzelnen geschaffen wurde. Hier steht das Motiv mit dem Rechtsinstitut nur in losem Zusammenhang, und das ist das künstliche; das Finanzbedürfniß hätte ebensogut zu einem andern Institut greifen können, wenn dieses zu Gebote gestanden wäre. Daß es sich mit dem Autorrechte ganz anders verhält, welches durch das natürliche Recht des Schöpfers am Geschaffenen sich uns förmlich aufdrängt und Jahrhunderte lang in diesem Verstande in der Menschheit gegährt hat, bedarf keiner Ausführung. Und daß ein Unterschied besteht zwischen dem gesetzten Recht und dem in seinen Postulaten sich der Menschheit erst aufdrängenden Recht, welches sich dann doch auf dem Wege des Gerichtsrechts in der einen oder andern Weise Geltung verschaffen wird, habe ich an verschiedenen Orten, namentlich in meinem Shakespeare gezeigt; dort wird man auch finden, wie sich der allmähliche Uebergang der Billigkeitsidee in das Recht mit Naturnothwendigkeit vollziehen muß; aus der Billigkeit entwickelte sich die aequitas[88]), das ist ein

---

88) Die römische aequitas ist nicht, wie unsere Billigkeit, bloß sittliches Gefühl (unrichtig Klöppel S. 15), sondern sie ist bereits

historischer Prozeß: ein allmähliches Ueberströmen vom Gebiet der Sittlichkeit in das des Rechts: die aequitas bricht sich Bahn und wird sich Bahn brechen, auch wenn die Nation weder einen Prätor noch einen Equitygerichtshof hat[89]). Das Autorrecht ist eben Equityrecht, ein Recht der aequitas; und daß dies für die ganze Auffassung der Sache bedeutungslos sei, das kann man nur von einem formalen Standpunkt behaupten, wornach eben Gesetz Gesetz ist und die ganze Rechtsordnung sich in die Fächer des Gesetzes einschaltet.

Klöppel ist aber auch sonst mit manchem Andern nicht zufrieden. Ich soll mich auf veraltetem (harmlosem) nationalökonomischem Boden befinden (S. 18), wenn ich darlege, daß in unserer Kulturordnung neben dem Arbeitsprincip das Vertragsprincip gelte, und daß es daher komme, daß vielfach der A. arbeitet, während dem B. der Erfolg zufällt. Ich habe damit das Arbeitsprincip gegen den häufigen Vorwurf gerettet, als ob unsere Kulturordnung in der Eigenthumslehre gerade das Widerspiel des Arbeitsprincips verkörpere. Zu einem Lobredner des schrankenlosen Vertrags bin ich nicht geworden; im Gegentheil habe ich gerade im Autorrecht S. 107 f. hervorgehoben, daß es bei solchen Arbeitsverträgen, welche die wirthschaftliche Thätigkeit des Einen

---

Recht. Sie hat nicht nur zu actiones und exceptiones geführt, sondern war in den bonae fidei actiones vom Richter von sich aus zu berücksichtigen. Daß aber der aequitas meist ein instinktiver Dämmer zu Grunde liegt, indem der Richter das Rechte erfaßt, es aber nicht zu klarer prinzipieller Ausgestaltung bringen kann, das ist gerade das punctum saliens der Materie. Darin liegt die logische Rechtfertigung des Rechtsgefühles, das man früher als dunkles, unklares Ahnen und Wähnen aus dem Rechte ausweisen zu müssen gemeint hat. Gerade darin, daß ich das Fühlen auf ein instinktives Denken zurückgeführt habe, erblicke ich einen Hauptfortschritt unserer Lehre, die von Klöppel eben mißverstanden wird. (Vgl. Autorrecht S. 16 f., 81 f.)

89) Man vergleiche z. B. die Versuche des Rathes zu Nürnberg, Dürer's Gemälde in der einen oder anderen Weise gegen Reproduktionen zu sichern (Busch's Archiv 47, S. 196.).

dem Vermögen des Andern unterordnen, vielfach an der nöthigen Freiheit der Situation fehle und daß eine Beschränkung der Vertragsfreiheit hier besonders angemessen sei — ebenso wie ich anderwärts immer und immer betont habe, daß an die Sittlichkeit des Vertrags hohe Anforderungen zu stellen sind. Was soll hier der Einwurf: Freiheit ohne Selbständigkeit sei bloßer Name (S. 18)? oder ich nähme Alles für philosophisch begründetes Recht, was noch nicht positiv als Unrecht anerkannt ist (S. 19)?

Ist dieser Einwurf völlig verfehlt, so ist es noch viel unbegründeter, wenn mir Klöppel in einem praktischen Punkte des Patentrechts widerspricht. Ich möchte erwarten, daß man sich gegenüber meiner eingehenden Beschäftigung in der Patentrechtspraxis mit etwas mehr Behutsamkeit äußert, als es hier geschieht. Es handelt sich nämlich um den Satz, daß, wer zu einem Anderen in ein Verhältniß getreten ist, aus dem hervorgeht, daß er dessen Unternehmung durch Erfindungen fortbilden soll, die einschlagenden Erfindungen (solange das Verhältniß besteht) für dieses Unternehmen macht, so daß sie dem Unternehmen sofort zufallen. Klöppel kommt hier zu der kräftigen Behauptung, das sei eine „ungeheuerliche und aus dem positiven Rechte nicht mit einem Schatten von Grund herzuleitende Verirrung" (S. 19).

Merkwürdig, daß die deutsche Jurisprudenz, daß die Jurisprudenz des Reichsgerichts, ebenso wie die französische Jurisprudenz dieser ungeheuerlichen Verirrung gefolgt ist, die amerikanische Jurisprudenz wenigstens theilweise[90]); und in der That wird uns der Einblick in die Praxis eines solchen Unternehmens die Macht der Verhältnisse kundgeben, die den Einzelnen dem großen Ganzen unterordnen, sofern und solange er einen Theil des Ganzen bilden will. Gegenüber diesen Thatsachen, die in der Jurisprudenz der verschiedenen

90) Vgl. Aus dem Patent- und Industrierecht III, S. 15 f.

Länder zur Geltung gekommen sind, bedeuten solche Sprüche von ungeheuerlicher Verirrung nichts, sie sind wie die Herbstluft, die durch dürre Blätter weht, und entbehren jeder Basis in der Wirklichkeit des frischen Lebens. Man betrachte nur einmal die Situation des Offiziers oder Technikers in einer Staatsfabrik zur Herstellung von Sprengstoffen oder von Mitteln zu ihrer Neutralisirung. Soll der einzelne Offizier oder Techniker sein Patent für sich erwerben können? Wie können dann solche Fabriken, die dem Techniker zu solchen Zwecken gerade die Hilfsmittel bieten, bestehen? Hier ist Alles darauf angethan, daß Jeder für das Ganze thätig ist; und so hoch ich auf der einen Seite die Freiheit des Individuums stelle, so bedeutsam ist die Unterordnung unter das Ganze zu würdigen, dem gegenüber der Einzelne allerdings das Recht haben muß, sich durch Austritt aus dem Verhältniß zu befreien, ohne aber der Anstalt das entziehen zu dürfen, was sie durch ihn bereits erworben hat[91]).

Der einzige scheinbare Punkt in der Darstellung Klöppel's ist der Hinweis darauf, daß die Erfindung nicht wie das Eigenthumsobjekt Gegenstand des natürlichen Besitzes sein kann (S. 13 f.): das körperliche Gut kann man einhegen, die Idee kann man nur einhegen, indem man sie geheim hält oder jeder Aeußerung durch einen Andern entgegentritt. Das habe ich nie verkannt; das war für mich stets einer der Gründe, das Immaterialrecht vom Eigenthum zu sondern. Aber was will der Unterschied anders sagen, als daß das Körperliche eben körperlich und darum räumlich darstellbar, das Geistige eben geistig und darum räumlich unbegränzbar ist! Daß es aber auch bei einer Idee möglich wäre, die Macht der Alleinbenutzung

91) Daß auch im Schriftstellerleben solche Vertretungsverhältnisse möglich sind, habe ich bereits in meinem Autorrecht, S. 202, erwähnt. Eine richtige Berücksichtigung dieser Verhältnisse genügt, um den Postulaten zu entsprechen, die neuerdings von buchhändlerischer Seite erhoben worden sind, vgl. Voigtländer, Entwicklung des Verlagsrechts, S. 21 f.

geltend zu machen, das sollte Niemand verkennen —, selbst wenn die Rechtsordnung nicht bestände und wir auf die Kraft der Fäuste beschränkt wären; es müßte sich nur ein Verein von Personen (denn in Ermangelung eines Rechtsschutzes würde sich überall ein Vereinsschutz entwickeln) zusammen thun, um Jeden, der sich eine Fabrikationsweise oder die Herstellung eines Druckes anmaßt, zu hindern und seine Produkte vom Markte zurückzudrängen — ich möchte sehen, ob sich hier nicht ein Schutz entwickeln könnte, so mächtig wie der des Eigenthums am Garten, den ich auch nicht täglich und stündlich mit einem Polizeikordon umgeben kann. Man betrachte nur, was alles schon Buchhändlerverbände ausgewirkt haben, wo ihnen eine Nachdruckgesetzgebung nicht zu Gebote stand. Es bedarf nicht einmal eines direkten Eingriffs, — eine Verrufserklärung des Kontravenienten würde mit zwingender Macht wirken; wir wissen ja, wie stark dies schon in analogen Fällen zur Geltung kam, wir wissen, wie die Rechtsordnung sich sogar genöthigt gesehen hat, hier einzugreifen und solche Verrufserklärungen zu verpönen: denn wenn die Rechtsordnung hilft, soll die Selbsthülfe zurückstehen. Und da sollte es nicht möglich sein, in einem fiktiven gesetzlosen Zustande durch gesellschaftliche Mittel gegen den Nachdruck zu wirken und einen Impuls auszuüben, vergleichbar dem Druck des Obligationenrechts, dem sich der Schuldner meist auch fügen würde, wenn es keine Rechtsordnung gäbe!

Und nun noch die seltsame Aufstellung, daß Jemand etwa behaupten könne, der Nachdruck sei durch Gewohnheitsrecht sanktionirt gewesen, weil er früher vielfach mit Ueberzeugung geübt wurde! Seit wann wird beim Gewohnheitsrecht das Institut umgekehrt, so daß es mit den Füßen statt mit dem Kopfe auf die Welt kommt? Der Nachdruck konnte nicht Gegenstand des Gewohnheitsrechts sein, denn er ist eine Negative, er ist die Negative des Autorrechts: die Uebung des Nachdrucks ist der Reflex dessen, daß ein

Autorrecht nicht gilt. Nun ist es sicher, daß das Autorrecht sich hervorgerungen hat, mit Mühen und Schmerzen, aber es hat sich hervorgerungen: die besten Geister haben es vertheidigt und der Bücherhandel hat unendliche Anstrengungen gemacht, mit den Mitteln des Verkehrs gegen den Nachdruck anzukämpfen. Da war die Sache gerade angethan, daß sich ein Gewohnheitsrecht für den Autorschutz entwickeln konnte, und es hätte sich entwickelt, wenn man unter völlig normalen Verhältnissen gelebt hätte.

Soweit die Grundlagen; aber ich muß der Klöppel'schen Kritik auch auf das Gebiet der Konstruktion folgen, da ich auch hier hoffe, daß die Polemik zur Klärung der Sache beitragen mag.

Klöppel glaubt (das scheint ihm ja ein Erbstück meiner lebhaften Phantasie zu sein), daß ich einen seltsamen Gedankensprung mache; nachdem ich „annähernd" (!) „klar erkannt habe, daß die Schadensersatzpflicht beim Urheberrecht nicht aus dem Delikt, sondern aus dem Recht des Urhebers durch die Verletzung desselben entsteht", ist es natürlich ein Salto mortale, wenn ich sage, daß der Schadensanspruch nicht ein absoluter, sondern ein obligatorischer ist (XXXV, S. 81)! Nun ist es vielmehr eine vollständige Konstruktionswidrigkeit Klöppel's, zu verkennen, daß der Grund des Schadensanspruchs etwas wesentlich Anderes ist, als sein Charakter. Der Schadensanspruch setzt eine Rechtswidrigkeit, also ein Recht voraus; aber aus der Verletzung des Rechts entwickelt sich eine obligatorische Pflicht. Diese Pflicht von den obligatorischen Pflichten aus Verträgen prinzipiell zu scheiden, als ob die letzteren obligatorisch seien, die erstere nicht, ist völlig konstruktionswidrig: denn der Bau beider Verpflichtungen, ihre Schicksale, ihre Lösung durch Zahlung, Novation u. s. w. ist völlig gleich.

Nun aber gar die aus der Eigenthumsverletzung hervorgehende Schadenspflicht dem Eigenthum zuschreiben und sie

der rei vindicatio einverleiben, das heißt die jahrelange Konstruktionsarbeit unserer Jurisprudenz verkennen. Ja, man spanne die actio legis Aquiliae mit der rei vindicatio an ein Gespann, man wird die Folgen bald ersehen. Ist es denn nicht ersichtlich, daß die Voraussetzungen der rei vindicatio ganz andere sind? sofern sie von jeder Schuldfrage, überhaupt von jeder Haftung abstrahirt, sofern sie nicht auf eine Leistung geht, sondern auf ein Unterlassen, denn bekanntlich hat bei der rei vindicatio der Beklagte nicht zu bringen, sondern der Kläger zu holen (das Gegentheil kann nur die Folge eines hinzutretenden Schuldmomentes sein); sofern mit Uebertragung des Eigenthums von selbst die rei vindicatio übergeht, sofern sie gegen jeden gerichtet ist, der im Gewahrsam oder im Besitz der Sache ist — gegenwärtig oder künftig —, während der obligatorische Anspruch gegen den bestimmten Schuldigen und seine Erben geht und bleibt, mag nun Eigenthum und Besitz wechseln wie er will. Darum haben wir, durchaus nicht im Romanismus befangen, ausgeführt, daß es eine Unrichtigkeit des gemeinen Rechts war, in der rei vindicatio, soweit sie auf Entschädigung und auf Ersatz konsumirter Früchte geht, ein Stück des dinglichen Anspruches zu erblicken, während hier doch ein neues, vom dinglichen Anspruch verschiedenes obligatorisches Moment, eine Condiction vorliegt[92]), denn die Vermischung disparater Dinge hindert gewaltig die Erkenntniß der Wahrheit. Soweit wir aus dem römischen Recht konstruktive Belehrung finden, lassen wir sie uns nicht verkümmern, es wäre, wie wenn man von unseren Dampfmaschinen wieder zur Handarbeit zurückkehren wollte; andererseits sind wir niemals lässig gewesen, die vom römischen Rechte gegebenen Konstruktionsmittel zu verbessern und weiterzubilden. Aber den historischen Ursprung und den inneren Charakter eines An=

---

92) Vgl. Patentrecht, S. 422f., Autorrecht, S. 306f.

spruches werden wir niemals verwechseln; das wäre, wie wenn der Techniker das Bedürfniß, das einen Mechanismus hervorgerufen, und den inneren Bau des Mechanismus nicht auseinander halten würde, oder etwa vermeinte, eine Einrichtung, um die einer elektrischen Maschine zugefügten Beschädigungen auszubessern, müsse technisch auch als eine elektrische betrachtet werden!

Aber auch mit anderen Konstruktionen, die auf einer „annähernd" richtigen Erkenntniß beruhen mögen, ist Klöppel nicht zufrieden. Es ist natürlich völlig unrichtig, daß ich dem Erfinder vor der Patentirung ein Recht zuschreibe, und so tritt der längst überwundene Gedanke, als ob vor der Patentirung ein rechtliches Vacuum und erst mit der Patentirung ein Recht bestände, wieder aus dem Reiche der Vergangenheit hervor (vgl. XXXV, S. 99 f.). Mit diesen veralteten Anschauungen aus der Privilegienzeit vergangenen Andenkens könnte man endlich aufräumem. Sie sind längst überwunden durch den gewaltigen Fortschritt, den das Reichsgericht mit der Entscheidung besiegelt hat[93]), daß der Erfinder das Recht habe, mittelst einer actio doli die Uebertragung eines Patentes auf sich zu begehren, das ein Anderer widerrechtlich auf diese Erfindung genommen hat.

Klöppel widerspricht dem allerdings: er glaubt, ein positives Gesetz könne ja in solchem Fall dem Erfinder das Recht geben auf ein Patent mit dem Datum der unbefugten Anmeldung, aber das sei kein privatrechtlicher Klaganspruch (S. 101) — mit anderen Worten das positive Gesetz kann die Fiction aufstellen, daß ein dem unberechtigten Entwender gegebenes Patent als dem Erfinder gegeben zu betrachten sei. Aber warum thäte das ein positives Gesetz? Weil es findet, daß in der Erwirkung des Patentes ein Unrecht gegenüber dem Erfinder liegt, weil es annimmt, daß dem

93) Aus dem Patent- und Industrierecht III, S. 1 f., Reichsgericht, 28. Mai 1892, Patentbl. 1892, S. 577 f.

Erfinder ein vom Gesetzgeber auch in dieser Richtung anzuerkennendes Recht zur Seite steht. Dazu bedarf es aber keines Gesetzes, sobald nur eben die Wissenschaft und Praxis erkannt hat, daß dem Erfinder ein Privatrecht vor der Patentertheilung zusteht. Und wenn wir damit zusammenhalten, wie in dem Hauptpatentlande der Welt stets der erste Erfinder vorgeht und er das Recht bewahrt, trotz der Publikation seiner Erfindung, sofern er nur innerhalb zweier Jahre die Erfindung anmeldet (United States Revised Statutes s. 4886), so wird man gewiß zugestehen, daß der Gedanke, als ob der Erfinder vor der Patentirung rechtlos wäre, unserer Kulturanschauung widerspricht. Und daß der Erfinder ein Recht auf Patentertheilung hat, daß die Patentertheilung nicht etwa Verwaltungspraxis ist, die so oder anders entscheiden darf? Dies beruht natürlich wieder auf gesetzlicher Bestimmung, auf publicistischen Vorschriften, die keinen privatrechtlichen Charakter haben! — auf diese Weise liegen die disjecta membra des Gesetzes vor uns: das geistige Band, das sie verknüpft, ist eben das Recht des Erfinders; und ebenso wie der materielle Eigenthümer gegen den vorgehen kann, der sich zu Unrecht eine Eintragung im Grundbuch verschafft hat, so kann der Erfinder gegen den vorgehen, der unter Eingriff in sein Recht ein Patent erwirkte; und ebenso wie der materielle Eigenthümer verlangen kann, daß der Eintrag im Grundbuch zu seinen Gunsten vollzogen wird, soweit nicht dritte Berechtigungen entgegenstehen, ebenso kann der Erfinder verlangen, daß ihm ein Patent gewährt wird nach Maßgabe der Umstände zur Zeit der Anmeldung (oder ihrer Bekanntmachung).

Allerdings glaubt Klöppel (XXXIV, S. 23), hier einwenden zu können, daß beim Eintrag im Grundbuch bereits das Eigenthum bestehe, nur eben übertragen werde, während sich bei der Patentirung erst ein Recht herausbilde. Nun ich frage: kann nicht auch eine Grundbuch-

ordnung bestimmen, daß, wer eine res nullius erwirbt, erst durch Eintragung im Grundbuch gesetzlicher Eigenthümer wird? oder daß sein Eigenthum erst dadurch die Actions- und Verfügungsfähigkeit oder mindestens die Veräußerungsmöglichkeit erlangt? Doch wir brauchen nicht zu fragen, wir können auf § 5 des Preuß. Eigenthumserwerbgesetzes verweisen.

Soweit nun auch die konstruktiven Einwände.

Wenn wir endlich nach den positiven Ergebnissen der Klöppel'schen Untersuchungen fragen, so sind wir in einiger Verlegenheit, denn es ist schwer aus dem Raketenwerk seiner Beredtsamkeit einiges greifbare zu erhaschen. Nun erfahren wir, daß die Urheberrechte „die Ausschließlichkeit einer bestimmten Verwendung der werthschaffenden Kraft zum Gegenstande haben, welche der Befugniß nach bestritten und durch konkurrirenden Gewerbebetrieb dauernd gestört werden kann" (XXXV, S. 94). Der Anspruch auf Unterlassung des konkurrirenden Betriebes trete hier in den Vordergrund, der Anspruch auf Ersatz des Schadens erscheine als zufälliges Accessorium.

Die werthschaffende Kraft (XXXIV, S. 25) sei allerdings zunächst mit der Person untrennbar verbunden und daher nur mit ihr übertragbar. Das werde anders, wenn sie sich in „geistigen Gestaltungen" niederschlage (S. 28). Diese Gestaltungen können übertragen werden, aber doch nur so, daß sie in die Arbeitskraft des Erwerbers ununterscheidbar übergehen. Da würden sie also eigentlich untergehen. Damit aber diese geistigen Hilfsmittel trotzdem erhalten und Gegenstand der rechtlichen Verfügung bleiben können, sei eine eigenartige Veranstaltung nöthig, durch welche sie „in der bloßen Möglichkeit des Uebergangs auf den Andern aufgehalten und gleichsam befestigt werden" (S. 28).

Ja, was ist das für eine werthschaffende Kraft, die sich niederschlägt? es ist doch eine Idee, die eine wirthschaftliche

Verwerthung zuläßt. Was heißt es weiter, daß dieser Niederschlag in die Arbeitskraft desjenigen übergeht, dem man sie mitgetheilt hat? Es heißt: wer die Idee kennt, hat die faktische Möglichkeit, sie zu verwerthen. Das hat aber nicht nur der, dem man sie mitgetheilt hat, sondern auch der Uebelthäter, der mir die Idee widerrechtlich entnommen hat. Natürlich, wer die Idee hat, kann sie verwerthen, ebenso wie mein Nachbar stets die faktische Möglichkeit hat, mir die Fensterscheiben einzuwerfen oder mir den Durchgang durch seinen Hof zu verwehren, trotzdem ich ein verbrieftes und verjährtes Servitutenrecht habe.

Um das auf solche Weise dem Zerfließen ausgesetzte Ding zu wahren, bedarf es natürlich eines Rechtes, das entweder durch faktische Gewalt durchgeführt wird (in einer fiktiven Zeit der Rechtslosigkeit), oder das wie jedes andere Recht gegen die faktischen Eingriffe geschützt wird. Mit dieser Besonderheit der niedergeschlagenen geistigen Gestaltung ist es also eine eigene Sache. (Vgl. Autorrecht S. 69f.)

Betrachten wir nun aber diese Konstruktion näher.

Das Recht auf die Ausschließlichkeit einer bestimmten Verwendung der werthschaffenden Kraft! Was ist dies für eine Konstruktion? Was ist Gegenstand des Rechts? Die werthschaffende Kraft oder das Bestimmte, was der werthschaffenden Kraft die Richte gibt, der Niederschlag, d. h. die Idee? Das eine würde zum Individual-, das andere zum Immaterialrecht führen, und so kommt der Autor, der meine wohlerwogenen, in Jahren gereiften, bis ins Einzelne durchdachten und in einer Jahre langen Beobachtung und Gutachten-Praxis gebildeten Ideen als Einfälle charakterisiren zu können vermeint, zu einer Konstruktion, die nichts anderes ist, als selbst ein unhaltbarer Einfall, ein Mischwesen, aus der Mischung der Rudimente zweier längst erkannter Ideen bestehend, des Individual- und Immaterialrechts! Eine förderliche Konstruktion für die Patentpraxis! Was ist aus

ihr zu lernen? Gibt sie einen Anhalt ab für die Frage des Rechtsschutzes, der Uebertragbarkeit, der Pfändbarkeit — vor allem für die Frage über Bedeutung und Umfang des Rechtsobjekts und damit des ausschließlichen Rechtsgehalts? Eine Konstruktion, die dem Rechtsleben nicht aufhilft, ist von sich aus ein lebloses Gebilde.

Dem entsprechend ist es eine seltsame Behauptung, wenn Klöppel (XXXV S. 98) aus der Natur der Immaterialrechte folgert: bei ihnen könne man die Unterlassung nicht durch eine Executionsstrafe erzwingen, während bei dinglichen Rechten der Eingriff in die Nutzung einer sinnfälligen Sache durch solche Strafen abgewehrt werde! Ja, hat es denn im englischen und angloamerikanischen Patentrecht nie eine injunction gegeben mit der Wirkung einer Bestrafung des Zuwiderhandelnden wegen contempt of court? Jede Entscheidungssammlung über amerikanisches oder englisches Patentrecht gibt Beweise auf Beweise dafür, daß die injunction, das richterliche Verbot mit Executionsstrafe, gerade auf diesen Gebieten seine Hauptanwendung hat! Und daß bei uns keine Klage auf Ablassung von der Zuwiderhandlung, nur eine Feststellungsklage statthaft sein solle! Dann müßte unser Recht sehr unpraktisch konstruirt sein, wenn seine Schneide da versagte, wo sie am nöthigsten ist. Zutreffender Weise ist auch die Judikatur des Reichsgerichts eine ganz andere; so heißt es in einer neuerlichen Entsch. v. 6. Dezember 1893 (Patentbl. 1894, S. 108 f.), daß der Beklagte verurtheilt wird: „1) anzuerkennen, daß er nicht befugt ist, die von ihm .... bezogene Holzwolle ..... behufs gewerbsmäßiger Herstellung von Verbandstoff mit Antiseptika zu imprägniren; 2) sich bei Vermeidung einer fiskalischen Strafe von 500 Mk. für jeden Uebertretungsfall zu enthalten, Verbandstoff, welcher durch das zu 1) angegebene Verfahren hergestellt ist, gewerbsmäßig in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen".

Noch glaubt Klöppel, das Urheberrecht stehe im denkbar schärfsten Gegensatz zum Eigenthum, indem die Urheberschaft an sich, „eben weil sie eine rein geistige That ist, in der für die Thatsächlichkeit des Rechtsverkehrs erforderlichen sinnfälligen Weise garnicht festgestellt werden kann, so daß selbst die Person des Berechtigten erst nach positiven äußeren Anhaltspunkten durch die Rechtsordnung bezeichnet werden muß" (XXXV, S. 94) — oder, um dies in etwas einfacheres Deutsch zu übertragen: wer der Urheber eines Schriftwerks ist, sieht man diesem nicht an.

Ja, sieht man es der Muschel an, wer sie aus dem Meer gehoben, der Kartoffel, auf wessen Land sie gewachsen ist? Nun mag man allerdings entgegenhalten, die Erlangung von Muscheln und Kartoffeln sei doch eine sinnfällige Thatsache, während die geistige Schöpfung im Kopfe des Künstlers vor sich geht, so daß, wenn er den Stift oder den Pinsel ansetzt oder auf den Tasten präludirt, Niemand dem ansehen kann, ob es aus den schöpferischen Hirnsträngen oder aus der Gedächtnißkammer stammt, ob es ein eben geschaffenes Eigene oder ein in das Gedächtniß aufgenommenes Fremde darstelle. Doch das geht ja nur in eine Beweisfrage über, und diese Beweisfrage ist nicht schwieriger zu lösen, als viele andere; wenn man zudem bedenkt, daß bei einem Gedicht oder einer mechanischen Einrichtung, die noch unbekannt war, von selbst die Vermuthung für die Eigenschöpfung spricht, wenn man bedenkt, wie so vielen künstlerischen Schöpfungen die Abstammung des Werkes von einem bestimmten Schöpfer wie eine Marke eingedrückt ist, so daß die ganze Art des Bildes oder des Tonstückes den Meister bekundet; wenn man bedenkt, wie auch das Autorwerk nicht fertig aus dem Haupte des Donnerers ersteht, sondern die Notizbücher, Skizzenbücher eines Schriftstellers, Musikers, Malers schon erkennen lassen, wie der Autor mit einer Idee gerungen hat, bis er sie überwältigte; wenn man

bedenkt, wie eingehend die amerikanische Praxis der Erfinderidee nachgeht, wie sie verfolgt, auf welche Weise die Erfindung allmählich geworden ist und ob der Erfinder die nöthige Diligenz angewendet hat, seine Idee zur Entfaltung zu bringen — denn dort entscheidet ja die Priorität der Erfindung; und wenn man schließlich bedenkt, wie man ebenfalls in Amerika die Frage der Urheberschaft durch ein Affidavit des Erfindungsanmelders feststellt: er muß eidlich erklären, that he does verily believe himself to be the original and first inventor or discoverer —, so wird sich daraus von selbst ergeben, welche geringe praktische Bedeutung der Mangel der sinnfälligen Erscheinung des inneren Urhebergedankens hat, und wie auch hier wieder ein ganz unerhebliches Moment zu einer wesentlichen Bedeutung ausgebreitet worden ist.

So sehen wir in der Klöppel'schen Darstellung ein recht kleines Resultat gegenüber einer Fülle oratorischer Wendungen.

Eins möchte ich noch den Praktikern entgegenhalten. Wer, wie ich, aus der Praxis hervorgegangen, wird am allerwenigsten die wissenschaftlichen Leistungen der Praxis geringschätzen. Aber so sehr ich die Schriften der Praktiker gerade da suche, wo ich die fruchtbaren Eindrücke der Praxis wahrzunehmen hoffe, und besonders wenn es sich um Ausbildung des juristischen Details und um Darlegung der Richtigkeit und Unrichtigkeit der juristischen Ergebnisse im Einzelnen handelt, um so mehr muß ich die Praktiker mahnen, die Arbeit der Doktrin nicht zu übersehen, und nicht zu vermeinen, in bloßer Anlehnung an den Gesetzesbuchstaben es dem theoretischen Juristen in der Konstruktion gleichthun zu können. Es ist erstaunlich, wie viel Mißverständniß, welch' irriger Blick für eine die Fülle des Details umfassende Doktrin mir gerade neuerdings aus den Kreisen der Praxis entgegengetreten ist; wie man sich unter Anlehnung an ein Gesetzeswort öfters

über die Denkarbeit des Theoretikers hinwegsetzen zu dürfen meinte, und welch' ein Ton des Verneinens wissenschaftlicher Resultate so viele Schichten durchzieht, die weder Zeit noch Gelegenheit zu wissenschaftlicher Vertiefung haben; wie man anzunehmen scheint, daß jetzt, wo wir Gesetzestexte haben, der Doktrin mit ihrer Konstruktion keine positive Aufgabe mehr übrig sei. Darüber können wir uns trösten; denn der unfruchtbaren Verneinung wohnt stets der Todeskeim von selbst inne. Nur die gemeinsame Arbeit von beiden Seiten, von jedem auf seinem Felde, kann zum Heil gereichen.

§ 12.

Viel ergebnißreicher ist die Arbeit von Osterrieth, Altes und Neues zur Lehre vom Urheberrecht (Leipzig 1892). Erfreulich ist es, wie richtig er den Unterschied zwischen Autor- und Individualrecht gefaßt und weiter durchgeführt hat; erfreulich ist die Schrift in vielen Einzelheiten; dagegen muß ich in der Rückkehr zur Charakteristik des Autorrechts als eines geistigen Eigenthums und in der Vertheidigung der Ewigkeit des Urheberrechts einen Rückschritt erkennen.

Hat denn die Ausübung des Autorrechts durch Vervielfältigung und Verbreitung von Druckwerken, durch Aufführung von Dramen und Musikstücken nicht erhebliche Unterschiede gegenüber der Ausübung des Eigenthums an der körperlichen, in die Sinne tretenden Sache? Ist es wirklich richtig, daß die Ausscheidung zwischen dem einem Autor vorbehaltenen Genuß und dem, was die Oeffentlichkeit von seinem Werke hat, sich in wesentlich gleicher Weise vollzieht, wie bei einem Grundstück oder einem Laternenpfahl? Es sind doch gewiß so erhebliche Eigenthümlichkeiten vorhanden, daß eine besondere Rechtskategorie sehr angemessen ist. Was aber die Zeitlichkeit des Urheberrechts betrifft, so scheint Osterrieth übersehen zu haben, daß die Ewigkeit des Rechts, die für den Autorschutz mit Mühe und Noth vielleicht unter

allen möglichen Schwierigkeiten durchzuführen wäre, für das dem Autorrechte gewiß stammesverwandte Erfinder- und Musterrecht eine Ungeheuerlichkeit wäre. Und wenn er (S. 96) annimmt, meine Argumentation würde gerade in diesem Punkt ihrer sonstigen Beweiskraft ermangeln, so hat er gewiß meinen Gedanken nicht richtig aufgefaßt. Sieht man denn nicht, daß es sich hier anders verhält, als bei einer festen körperlichen Sache? Wird diese eigenthumslos, so ist sie dazu angethan, in neues Eigenthum zu fallen; wird aber das Autorwerk frei, so ist und bleibt es gemeinfrei, und Niemand kann es mehr in das Einzelrecht zurückführen. Bei jener Sache handelt es sich also nur um einen, an der einen oder anderen Stelle unterbrochenen Kreislauf des Eigenthums, hier aber handelt es sich um ein Gut, das sich nach einem verhältnißmäßig kurzen Kreislauf des Sonderrechts der Allgemeinheit eröffnet.

Daß aber die Immaterialgüter dazu bestimmt sind, nicht etwa bloß daß sich ihre innewohnenden Ideen der Welt kundgeben, sondern daß sie selbst der Welt zu eigen werden, so sehr daß ein Jeder sie ohne Beschränkung in jeder Weise ausnützen darf — vorausgesetzt, daß sie die Zeit überdauern, und daß sie zu jenen Ausnahmswerken gehören, die wie ein Felsen den vernichtenden Mächten der Geschicke trotzen — daß dies ihr Bestreben ist, liegt in ihrem geistigen Gehalte begründet. Was so lange der Menschheit gewahrt bleibt, das muß ein Jeder nicht nur lesen, sondern auch neu behandeln, neu auflegen, aufführen, kommentiren dürfen: allerdings behält die Sixtina ihre Individualität, wie die divina comedia; aber die Engel der Sixtina sind uns so vertraut, daß wir sie auf die Kinderdecken sticken, und die Madonna lebt so in unserem Gemüth, daß wir sie unserem Madonnagedicht beifügen möchten; und wenn man heutzutage die divina comedia nicht beliebig mit Anmerkungen, Illustrationen herausgeben, nicht Scenen derselben auf der

Bühne darstellen dürfte[94]), so wäre es sehr schlimm; und den Faust will man heutzutage in voller und in abgekürzter Form, als Drama oder Melodrama, in lebenden Bildern, oder als Oratorium mit musikalisch belebten Scenen durchführen. Sollte hier Jemand unserer Kulturwelt noch Schranken setzen dürfen? das wäre völlig sachwidrig; nicht nur die Idee, sondern das individuelle Werk in seiner Eigenerscheinung, dieses wird ein Kulturgut — ebenso wie die Erfindung, die zum Ausgangspunkte neuer Industriezweige geworden ist.

§ 13.

Auch Schuster, das Wesen des Urheberrechts (Wien 1891) lehnt sich in der Annahme eines Immaterialgüterrechts an mich an, S. 36, sucht aber verschiedene Differenzpunkte mit scharfer Kritik hervorzuheben. Es wäre allerdings nicht unbedingt erforderlich gewesen, die Widersprüche gegen einen Autor, welcher das Immaterialrecht entwickelt hat, in eine so schroffe Form zu kleiden; indeß ist jeder der Herr der Form seiner Darstellung, und die Art der Darstellung ist eben die innere Form des literarischen Erzeugnisses, wie schon Fichte anerkannt hat: sie zu kritisiren ist nicht unsere Sache, da wir es nur mit dem Inhalte zu thun haben.

Wenn nun allerdings Schuster mit kräftigem Brustton zum Ausdruck bringt, daß man beim Autorrecht nicht nur das Vermögens-, sondern auch das geistige Interesse schützen müsse, weil sonst unser Recht einen „barbarischen" Charakter habe (S. 39), so muß ich wiederum das seltsame Mißverständniß des Vermögensbegriffes bekämpfen, das unser Vermögen nur nach dem Tauschwerth, nicht nach dem großen ideellen Werth für seinen Eigenthümer berücksichtigt — ja, ist der Künstler, der die beste Guarnerigeige hat, an dem

94) Die bühnenmäßige Darstellung von Scenen der divina comedia habe ich schon anderwärts befürwortet; vgl. meinen Vortrag zur Charakteristik Richard Wagner's, S. 7.

Eigenthumsgut nur kraft der 20.000 Mk. interessirt, die er etwa dafür bekommen könnte? Dieses Mißverständniß des Vermögensbegriffes, das einen unrichtigen Gegensatz zwischen Vermögensinteresse und Geistesinteresse aufstellt, habe ich bereits in meinem Aufsatz in Busch's Archiv, B. 47 S. 176 f., 184 f. aufgewiesen. Das Vermögensrecht an einem Gegenstand, welcher der Träger von Ideen und künstlerischen Anregungen ist, enthält eben die geistigen Interessen schon in sich; und wer sich im glücklichen Besitz eines Rembrandt oder Velasquez befindet und aus ihnen täglich neue Anregungen schöpft, hat sie gewiß in anderer Art, als der Spekulant, der sie mit Erwartung auf das Steigen der Preise gekauft hat; und doch ist es in beiden Fällen ein Eigenthum, zum deutlichen Zeichen, daß das Eigenthum nicht bloß zum Sachtausch, sondern auch zum ideellen Sachgenusse da ist, soweit die Sache einen solchen gestattet.

Ein wesentlicher Differenzpunkt zwischen uns betrifft aber das Exekutionsrecht der Gläubiger. Hier habe ich ausgeführt, daß das Individualrecht des Autors der Exekution entgegenstehe, solange der Autor das Werk nicht durch einen Publikationsakt definitiv der Oeffentlichkeit bestimmt hat; daß aber von diesem Moment an die Exekution gestattet sei und gestattet sein müsse. Dagegen hat sich Schuster mit kräftigem Pathos erhoben und mir vorgehalten, dies bedrohe die Freiheit und Würde der Kunst ärger, als die polizeilichste Censur, das hieße „die Musen aufs Schimpflichste zu Marktweibern erniedrigen" (S. 43). O ihr seligen Musen, was habe ich gegen euch verbrochen! Nun sind aber diese Musen keine Aristokratinnen, die, an der kastalischen Quelle sitzend, stolz auf die Welt herunter schauen: sie steigen herab in Saal und Hütte und spenden ihren Segen. Und wenn darum eine Veröffentlichung durch die Gläubiger erfolgt, so flattern eben diese Musen als Musen in Nah und Ferne; und daß die Gläubiger aus Geldinteresse handeln, ist

nichts anderes, als wenn ein Verleger sich aus natürlicher Freude am Erträgniß für ein Werk stark ins Zeug wirft oder ein Theater ein Stück als Kassenstück verwendet. Wesentlich ist nur: ist der Autor so interessirt an der Frage der Publikation, daß es als Gebot des Rechts erscheint, seine Schöpfungen als unantastbar zu erklären, auch wenn er in Konkurs kommt? Naturgemäß besteht dieses Interesse, wenn er gar keinen Veröffentlichungsakt vorgenommen hat. Daß aber die Gläubiger von einem veröffentlichten, aber vergriffenen Werke keine neue Auflage machen dürften, dies zu behaupten ist gewiß im höchsten Maße einseitig: auch die Gläubigerschaft hat ihr Recht, und daß die Lage der Sache nach Erschöpfung der ersten Auflage dieselbe sei, wie vor jeder Publikation, und daß es sich hier um die nämlichen Interessen handle, wie da, wo der Autor sich noch gar nicht zur Herausgabe des Werkes entschlossen hat, werden Wenige annehmen. Sollte eine zweite Auflage dem Autor unangenehm sein — nun, so ist es nicht anders, als wenn er dem Verleger das Werk auf alle Auflagen hinaus „verkauft" hat; will man ihm auch da nachträglich ein Verbietungsrecht geben? oder wenn er dem Musikalienverleger das Recht zur Herausgabe seiner Komposition in jeder äußeren Kunstform gegeben hat — wie unangenehm, wenn eine schlechte Transcription erscheint — aber sollen wir das für den Musikverkehr unentbehrliche Verlagsgeschäft hülflos lassen, um dieser Empfindlichkeit zu dienen?

Das gleiche muß gelten, wenn das Stück zur Aufführung gegeben worden ist. Daß dem Autor nicht jedes Theater angenehm ist, ist begreiflich; aber es kann ihm auch bei einem Theater, dem er das Stück selbst gegeben, die Besetzung recht unangenehm sein; und wenn er den ganzen Theaterbetrieb einem Mittelmann gegen eine fixe Summe überlassen hat, so muß er sich auch gefallen lassen, daß ein Theater gewählt wird, dem er keinen Gruß entgegenbringt. Soweit darf

der Subjectivismus des Künstlers nicht reichen, daß er den Musen, denen er die Sache übergeben, noch mit dem Commandostab nachfolgen dürfte!

Und gar, was die nichtdramatischen Musikwerke betrifft, so ist ja noch heutzutage in Deutschland die Aufführung frei, sobald der Autor das Werk im Druck herausgegeben und sich dabei das Aufführungsrecht nicht vorbehalten hat. Ich halte diesen Zustand allerdings nicht für richtig, aber er ist so; der Musiker muß sich also gefallen lassen, daß sein Werk, das er der Begeisterung abgerungen hat, in der kleinen Amtsstadt von eines Küsters Töchterlein oder einem Handwerkerverein mit vielem Eifer „executirt" wird. Das ist vielleicht nicht angenehm, aber gewiß wird die Muse eher darüber lächeln, als sich in das Kostüm der Marktfrau stecken. Die übermäßige Empfindsamkeit ist nicht recht angemessen!

Im Gegentheil ist es eine ganz angemessene Vereinigung des individualrechtlichen Standpunkts mit den gewiß auch sehr wichtigen Rechten der Gläubigerschaft, daß man sagt: vor jeder Publication haben die Gläubiger kein Recht; nach der Publication können sie die Publication fortsetzen und auf solche Weise es bewirken, daß nun auch das Wort des Schuldners, das ihn dem Gläubiger zur Zahlung verbindet, gelöst wird.

Noch mehrere meiner Aussprüche wollen Schuster als nicht recht zutreffend erscheinen. Ich habe gesagt, es könne ja auch (innerhalb der vom Autor gewährten Auflage) vorkommen, daß das Werk eine „Verbreitung gewinnt, die er nicht vorausgesehen, eine Wendung annimmt, die außerhalb seiner Berechnung lag" (Autorrecht S. 139). Daran hat Schuster Zweifel, die mir nicht recht erklärlich sind. Wie, wenn ein Werk in acht Tagen reißend verkauft wird, von dem sein Autor sich nur eine langsame Abnahme versprach — vielleicht auch nur ein langsames Bekanntwerden wünschte?

Wie, wenn das Werk in Bevölkerungsschichten verbreitet wird, auf die es nicht berechnet war? wenn es in der Tagespresse zum Gegenstand eines unerfreulichen Gezänkes wird und wenn sich eine dem Autor antipathische Partei auf seinen Ausspruch beruft! Sodann soll ich inconsequent sein, wenn ich zwischen der verschiedenen qualitativen Weise der Veröffentlichung unterschieden habe, so daß, wenn der Autor zum Druck seine Zustimmung ertheilt hat, den Gläubigern damit nicht auch das Recht gewährt wird, das dramatische Werk zur Aufführung zu geben: durch die einmalige Publication sei ja das Geheimniß des Innenlebens unwiderruflich durchbrochen, und es sei nicht richtig, daß der ideelle Eindruck, den das Werk in der einen oder andern Weise macht, ein ganz verschiedener sei „am allerwenigsten für die Musik, indem diese niemals zum bloßen Lesen, sondern immer zum wirklichen Vortrag bestimmt ist“ (S. 46). Das letztere ist nun einmal nur sehr bedingt zutreffend, denn wenn nicht Jedermann ein Musikstück „lesen“ kann, so können es doch Viele; und wenn das gedruckte Musikstück zum Spielen da ist, so ist es ein großer Unterschied, ob es im Kämmerlein gespielt wird oder im Konzertsaal. Doch das kommt im Deutschen Reich, wo bezüglich veröffentlichter Noten bei nicht dramatischen Werken regelmäßig kein Aufführungsrecht besteht, nicht in Betracht. Für uns kommt das dramatische Autorrecht in Frage, und daß hier die Einwirkung auf das Publikum eine ganz andere ist, wenn das Stück gespielt, als wenn es gelesen wird, bedarf sicherlich nicht des Nachweises, nachdem es mehr als einmal vorgekommen ist, daß Theaterstücke im Druck unbeanstandet blieben, deren Aufführung man für bedenklich erachtete. Und ebenso verhält es sich mit dem Unterschied, wenn ein absichtlich lateinisch geschriebenes Buch in deutscher Uebersetzung erscheinen, oder ein Roman dramatisirt werden soll.

Noch eine weitere Aeußerung von mir soll besonders

in literarisch-artistischer Weise sehr bedenklich sein (S. 46), sofern ich nämlich gesagt habe, daß ein Vortrag vielleicht in entsprechenden Kreisen seine Bestimmung erfüllt, aber als Broschüre gedruckt, völlig ungenießbar wäre (Autorrecht S. 141 f.). Dagegen thut Schuster den kräftigen Spruch, „daß doch Niemand vom Standpunkte des literarischen Ehrgefühles aus glauben wird, ein Vortrag erfülle als solcher seine Bestimmung, wenn er, als Broschüre gedruckt, völlig ungenießbar wäre" (S. 47).

Aber ferne davon, daß der richtige Vortragstyl mit der Form des Broschürenstyls identisch ist, wird der Vortragende häufig in der Lage sein, die strenge Form der Schriftdarstellung zu verlassen und in seinem Vortrag leicht und zwangslos über die Gegenstände zu gleiten, durch Parenthesen und Zusätze Dinge zu erläutern, welche der Leser, der nicht durch das fließende Wort vorwärts getragen wird, bei der Lectüre sich selber weiter ausspinnen kann. Das bedarf keines weitern Nachweises. Daher kann ein vorzüglicher, belehrender und geistreicher Vortrag sich möglicher Weise im Druck unleidlich ausnehmen — ja dies ist sogar recht häufig der Fall.

Seltsam ist nun aber, wie der Verfasser, der hier in solchem Maße der Empfindsamkeit der Autoren entgegen kommt, uns arme Dichter andrerseits schonungslos den Komponisten überantwortet. Ja, er läßt mich sehr streng an, weil ich es in meinem Autorrechte gewagt habe, das Postulat aufzustellen, daß der Dichter das Recht behalten solle, die Erlaubniß zu geben, daß ein Komponist seinen Text zum Lied verarbeitet und unter den Noten wiedergibt; meine Ansicht setzt den Verfasser gar in Erstaunen (Urheberrecht der Tonkunst, S. 244), ja, dies bietet ihm Gelegenheit, in einen kräftigen Panegyrikus über die bisherigen Liederkompositionen auszubrechen: das ein- und mehrstimmige Lied der Deutschen sei ein „Kronjuwel der herrlichsten und einzigsten Art", sein Werth bestehe

darin, daß die poetische Lyrik durch unsere Tonmeister (hier werden dann Mozart und Beethoven citirt, dann geht der Flug durch Schubert und Schumann hindurch über Franz und Mendelssohn hinweg bis auf Brahms, Liszt, Löwe, Jensen u. s. w.) sofort auch zur musikalischen Lyrik geworden sei, und schließlich bin ich ein armer Schuldiger, da nach den von mir vertheidigten Grundsätzen so viel Herrliches, Schönes und Großes in unserer Nation nicht vorhanden wäre.

In allem dem kann ich nur eine emphatische Sprachwendung mit mehr oder minder Geschmack und mit unrichtigem Inhalt erblicken. Wenn Schuster trotz seines Wagnerthums auf dem alten Standpunkte der Liedbeurtheilung steht, daß er in den Liedern von Beethoven oder Schubert, oder gar von Mendelssohn Alles herrlich und glänzend findet und hier überall Juwelen erblickt, so ist darüber an dieser Stelle nicht zu streiten. Ich bin wesentlich anderer Meinung; das richtige Lied der Zukunft muß erst noch werden, ebenso wie das musikalische Drama erst durch Wagner zur bewährten Wirklichkeit geworden ist[95]). Ich verlange vom Liederkomponisten ein viel tieferes Erfassen der Poesie, als es die meisten der genannten Komponisten, namentlich Mendelssohn, bewiesen haben[96]); ich glaube, daß Beethoven, dessen Kraft fürwahr nicht in der Liederkomposition lag, keinem der wunderbaren Goethischen Lieder gerecht worden ist.

Aber, auch abgesehen davon, halte ich es für ein unantastbares Recht des Dichters, Front zu machen gegen das Unterfangen von Komponisten zweifelhafter lyrischer Begabung, die eine hohe Poesie durch abgeschmackte melodische Wendungen zur Fratze verzerren; ich weiß, welche dichterische Feinheit dazu

---

95) Vgl. meinen Aufsatz über die Zukunft des Liedes in Hardens Zukunft I, 12, S. 536 f.

96) In meiner Eigenschaft als Lyriker hätte ich jede Mendelssohn'sche Komposition meiner Lieder abgelehnt.

gehört, auf daß ein Komponist den zartesten unausgedrückten Gedanken des Dichters nachgeht und nicht in völlig schablonöser Weise die Poesie mißhandelt und in die Tanzform hinein vertändelt, ohne Deklamation (denn zunächst hat der Komponist richtig zu deklamiren, dann in zweiter Reihe der Sänger[97]) und ohne Verständniß für die tief gehenden Gefühlsströmungen, welche in der Poesie ihre Sprühwellen an die Oberfläche senden. Darum verlange ich, daß der Komponist mit dem Dichter gehe; ist der Komponist dessen werth, so wird ihm kein Dichter und kein Gedichtverleger die Textbenützung verbieten[98]); und sollte einmal ein Ver-

---

97) Wenn Schuster (Urheberrecht der Tonkunst) S. 246f. sagt: „die verständliche Declamation des Textes beim Vortrag eines musikalischen Liedes . . . ist Aufgabe des Sängers, nicht des Komponisten (dem höchstens die declamirbare Komposition obliegt)", so beruht dieser Gegensatz auf einer Verkennung der Erfordernisse der Liedmusik. Der Komponist hat das Lied so zu behandeln, daß seine Komposition nicht bloß declamirbar ist, sondern selbst declamirt d. h. die intimsten Gedanken des Dichters wiedergibt. Sache des Vortragenden ist es dann, diese die poetischen Ideen darstellende Musik wieder in einer sinngemäßen, aber individuell gearteten Weise zum Ausdruck zu bringen. Daß die Liedmusik nicht zu declamiren habe, sondern nur declamirbar sein müsse, entspricht der durch Wagner völlig überwundenen Kompositionsweise, welche die Musik in ihrem Verhältniß zur Poesie auffaßte, etwa wie einen weiten Mantel, den man so oder so um den Körper schlingen könne; anstatt wie eine geistige Gestaltung, welche die verborgenen Lebensimpulse zur Formung bringen soll. Ja, es gibt von den angeführten Komponisten Lieder genug mit den gröbsten Declamationsfehlern, so daß ein geschickter Declamator die Schwäche der Musik zuzudecken hat. Dagegen soll der arme Dichter nichts bemerken dürfen, denn die Freiheit der Musik geht natürlich vor!

98) Die Gedichtverleger sind gewiß kluge Leute und haben das Recht, es zu sein, zumal der Zudrang des Publikums zur Lyrik leider in dieser Uebergangsperiode, in der wir leben, wo wir uns aus der Zeit der Nüchternheit erst wieder zum poetischen Schwunge erheben müssen, kein besonders lebhafter ist. Jeder Gedichtverleger weiß, daß es keine bessere Aufmunterung zur Verbreitung der Gedichte gibt, als wenn sie gut komponirt und gut gesungen werden; insbesondere

leger halsstarrig sein, so wird künftighin von selbst die Klausel in die Verträge kommen oder es wird vielleicht sogar zur gesetzlichen Bestimmung werden, daß das Recht der Gestattung des Textgebrauches für die Musikbearbeitung dem Dichter allein vorbehalten bleibt. Eine derartige Regelung wird aber künftig um so mehr erforderlich sein, als schon jetzt der legale Zustand allein dem Sachbedürfniß keineswegs entspricht; schon jetzt wird es als Bedürfniß gefühlt, daß der Komposition der Text des Liedes auch als bloßer Text vorgedruckt wird, weil sich der Sänger zuerst des Textes in der Gesammtheit bemächtigen muß, bevor er zur Erfassung der Liedmelodik im Einzelnen gelangt; und sodann ist es ein dringendes Bedürfniß, daß bei Konzertaufführungen die Poesie in das gedruckte Konzertprogramm aufgenommen werde; Beides ist aber streng genommen ohne Zustimmung des Autors oder Verlegers nicht gestattet, wenn man sich auch oft genug darüber wegsetzt. Also auch hier bedarf man des Dichters Gestattung, um korrekt zu gehen und man soll es nie versäumen, sie einzuholen; da ist nun nichts natürlicher, als daß sich der Komponist auch sonst mit ihm verständigt; und die Furcht, daß die Dichter, die doch selbst den Drang in sich fühlen, ihre Poesie in die Höhe der Tonkunst gerückt zu sehen:

Töne klingt, o klingt verwegen,
Löset meines Herzens Band [99])

einem guten Komponisten das Komponiren und Veröffentlichen verböten, und daß so die Komponisten aus Mangel an zu komponirenden Texten ihre Leyer an die Wand stellen müßten [100]), ist ebenso imaginär, wie die Befürchtung früherer

---

da wir heutzutage beim Anhören des Gesanges der Poesie eine viel größere Bedeutung beimessen als früher.

99) Meine lyrischen Gedichte, S. 125.

100) Am besten ist es allerdings auch hier, wenn der Dichter seine eigenen Lieder zu komponiren vermag; denn keiner wird so tief wie er in das Mark der Sache dringen.

Zeiten, daß ohne Nachdruck die Bücher so theuer würden, daß die wissenschaftliche Bildung ernstlich gefährdet wäre; oder die Befürchtung, daß es an guten Dramen fehlen werde, wenn die Dramatiker nicht die Erfindungen eines jeden Romanschriftstellers beliebig ausnützen dürften; oder wie die Meinung, daß es jeder Dichter gestatten müsse, daß ein Kupferstecher seine Gedichte mit Illustrationen herausgebe, weil sonst die bildende Kunst aus Mangel an zeitgenössischen Motiven zu Grunde ginge! Wird man auch für den Kupferstecher dieses Recht beanspruchen! Armer Dichter, was dir noch bleibt, wenn sich auch noch die andern Künste an deinem Lebensmarke sättigen!

Es handelt sich also auch hier um ganz imaginäre Befürchtungen, und es ist dasselbe, wie mit dem Variationsrecht, über das mich Schuster ebenfalls hart anläßt. Ich habe gewiß mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß der Autorschutz als die nährende Mutter der Kunst nicht dazu dienen darf, die Kunst selbst ins Herz zu treffen [101]). Wenn nun Schuster, um das freie Variationsrecht mir gegenüber zu vertheidigen (Urheberrecht der Tonkunst, S. 189 f.), auf einzelne Fälle hinweist, wo große und gar klassische Komponisten Themata Anderer auffallend benützt oder zum Gegenstand der Variation gemacht haben, so hätte er ebensogut darauf hinweisen können, daß auch die alten Maler nicht sehr peinlich in der Uebernahme fremder Figuren waren, und gewiß ist Raphael nicht mit seinem Gewissen zu Rathe gegangen, als er Figuren des großen Masaccio entlehnte, und schwerlich wird er vorher die Erlaubniß seines Lehrers eingeholt haben, als er dessen Sposalizio in veredelnder Weise nachbildete.

Natürlich haben diese Meister es gethan, weil jene Zeit eine andere war und über diese Dinge ganz

---

101) Vgl. Literarisches und artistisches Kunstwerk, S. 179 f.

naive Vorstellungen hatte, so daß sie an die Möglichkeit des Unrechts noch gar nicht dachte oder der Gedanke einer Beschränkung kaum erst auftauchte. Wie naiv noch Goethe über manches derartige geurtheilt hat, habe ich anderwärts gezeigt[102]); und wenn man sich darauf berufen hat, daß beispielsweise Goethe ein Gedicht der Willemer in seine Sammlung aufnahm, so ist das ein Verfahren, das man einem modernen Autor nicht verzeihen dürfte: das war eben die damalige Denkweise. Allerdings hat auch schon damals (im umgekehrten Falle) Hauff in der Claurenaffäre schlimme Erfahrungen gemacht: heutzutage würde man ein derartiges Thun recht streng tadeln.

Hätte man in jenen Tagen gedacht wie heute, jene Komponisten wären nicht verlegen gewesen, ihren Genius mit anderem Material zu befruchten; sie nahmen das Material, wo sie es nehmen konnten und nach damaligen Begriffen nehmen durften.

Fürwahr, heutzutage haben wir andere Sorgen. Ich verweise auf die Erfahrungen jeder bedeutenden Musikalienhandlung, wieviel der ernstliche Kunsthandel unter Variationen, Umarbeitungen, Umsetzungen zu leiden hat, und wie bedenklich eine Betrachtung der Sache wäre, welche das Kunstwerk der beliebigen Benützung eines Jeden preisgäbe, sofern nur diese Bearbeitung nicht geradezu unkünstlerisch oder scheinhaft wäre; und wie wenig die Meinung Schuster's, wornach „jede wirkliche Variation, Phantasie oder andere Composition über ein gegebenes, zumal ein fremdes Thema keinen Nachdruck oder sonstigen Eingriff in fremde Urheberrechte bildet, mag sie Aehnlichkeit mit dem Thema haben oder nicht“ [103]), unserer Auffassung

---

102) Literarisches und artistisches Kunstwerk, S. 106 f.

103) Schuster, Urheberrecht der Tonkunst, S. 191. Richtiger Kadlec in der Neuzeit I, S. 123 f.

und unseren Bedürfnissen entspricht; nein, ein solches Variationsrecht ist nur angemessen, sofern hierbei die Individalität der ursprünglichen Melodik zerstört und mit den Motiven des ursprünglichen Werkes etwas ganz neues eigenartiges geschaffen wird, wie ich dies in meinem literarisch-artistischen Kunstwerk S. 150f. dargelegt habe. Daß sich hierüber bestimmte Normen aufstellen lassen und daß die Frage über individuelle Gleichheit oder individuelle Verschiedenheit des Tongebildes nach dem Urtheil der Kunstverständigen, nicht nach dem Empfinden eines unmusikalischen Zuhörers, beurtheilt werden muß, dem vielleicht die Musik nur ein mehr oder minder unangenehmes Geräusch ist, versteht sich von selbst; weßhalb der von mancher Seite gehörte Hinweis auf die individuell verschiedene Art des musikalischen Gedächtnisses völlig verfehlt ist[104]).

Auch abgesehen von allem anderen, kann es der Kunst nur zum Heil gereichen, wenn man den Künstler von Anfang an auf Originalität, auf eigene Erfindung verweist und ihn warnt, sich mit den Werken anderer Autoren zu ersättigen. Und wenn schließlich von anderer Seite die Meinung ausgesprochen worden ist, daß unsere heutige Kunst an gesuchter Orginalität kranke, so ist das sehr mißverständlich. Unsere heutige Kunst trägt ein lebhaftes Streben nach einer, unserer modernen Empfindung entsprechenden, Gestaltung, und der übertreibende Naturalismus ist eine Uebergangskrankheit, die nothwendig überstanden werden muß, um zur Weihe der wahren Poesie zurückzuführen.

Somit hat die Immaterialrechtslehre überall die Probe

104) So Schuster, Urheberrecht der Tonkunst, S. 191. Was beweisen unmusikalische Menschenkinder, wie jener naive Engländer, der das God save the king mit einem Satz von Beethovens C-moll-Symphonie verwechselte! Schließlich würde auch jener Naive zum Beweise dienen, der am Schluß des Tristanvorspiel fragte, ob die Musiker nunmehr mit dem Instrumentenstimmen fertig seien.

bestanden, und so und so oft kritisch verbrannt, ist sie als Phönix wieder auferstanden. Aber auch die von mir entwickelten Grundsätze haben weder im Ganzen noch im Einzelnen einen Stoß erfahren. Sie sind so sehr auf die Elemente unserer geistigen und wirthschaftlichen Kultur gebaut und so sehr gestützt sowohl durch die Beobachtung des Lebens als durch die reiche Praxis der Kulturvölker, daß sie Anspruch auf Bestand haben, so lange bis ein Weiterfortschritt unserer Kultur der Materie neue Grundlagen bieten mag; wo unsere Lehre dann gerne einer neuen den Platz räumen wird.

IV.

Anhang.

Zur Geschichte des Markenrechts.

§ 14.

Das Namen- und Markenrecht hat sich als ein die Person oder ihr Geschäft kennzeichnendes Persönlichkeitsrecht entwickelt, ja als Persönlichkeitspflicht, um die Waaren stets auf den hiefür verantwortlichen Verfertiger zurückführen zu können. Diese Pflicht bezeugt deutlich einen anderen Ursprung, als das von der Person losgelöste „geistige Eigenthum". Markenrecht und Markenpflicht sind, wie Namenrecht und Namenpflicht, der Person inhärent, sie sind Hülfsmittel, um die Persönlichkeit zur Geltung zu bringen.

Den Nachweisen, die mein Markenrecht, meine Schrift: Aus dem Patent- und Industrierecht I, S. 124[105]) und Lastig, Markenrecht und Zeichenregister (Halle 1889), aus der Geschichte des Markenwesens geben, füge ich folgendes bei:

---

105) Vgl. auch Busch's Archiv, B. 47, S. 196 f.

1) In den alten Statuten von Padua findet sich eine Bestimmung aus dem Jahr 1236 (Statuti del Comune di Padova dal secolo XII all' anno 1285, nr. 834 p. 277), welche lautet:

quilibet pistor vel pancogolus vel pancogola habeat proprium signum vel bullam quod vel quam pani imprimat quem fecerit ad vendendum; et si contrafecerit, solidos sexaginta comuni componat; et ille qui tenuerit panem ad vendendum, supradictum bannum solvat, licet illum non fecerit, si falsus repertus fuerit.

2) In Piacenza sollen die factores annullorum ihr speciale signum haben und die Ringe damit bezeichnen, ut cognoscatur, per quem factus sit. So Statuta mercatorum Placent. (XIII. Jahrhundert) a. 354 (Monum. hist. ad prov. Parmensem pertinentia I 6 p. 96). Diese Zeichen werden bei den Handelsvorständen niedergelegt: a. 512 p. 136:

quod consules nuxii teneantur habere exemplum cujuslibet signi et nomen illius cujus fuerit.

3) Die Statuten von Como aus dem 13. Jahrhundert (Statuta Novocomi a. 204) enthalten Folgendes:

omnes pristinarii habitantes infra confinia civitatis teneantur et debeant signare nomen et supernomen suum super bucellis et super quolibet pane formenti taliter, quod possit legi nomen et supernomen pristoris, qui fecit ipsum panem. Et si quis contrafecerit, solvat pro quolibet pane formenti denarios 6 novorum.

(In den Monumenta historiae patriae XVI p. 177).

4) Die Statuten von Florenz 1415 III 143 (Ed. Friburgi I, p. 343f.) verwahren sich besonders gegen die Bezeichnung auswärtiger Waaren mit inländischen Marken:

Nullus de civitate, comitatu vel districtu Florentiae audeat in aliquibus spatis, spuntonibus, cultellis ferito-

riis vel cultellinis fabricatis extra civitatem vel districtum Florentiae intaliare, imponere, designare vel smaltare aut imponi, intaliari vel smaltari facere signum vel literas sub nomine vel signo alterius magistri vel laboratoris, nisi solum illius magistri, qui talia ferra vel arma fabricaverit, et illud verum et proprium nomen ponere, designare aut intaliare, et locum ubi ferrum seu arma fabricata fuerint ..... faciens contra aliquod ex praedictis condemnetur pro vice qualibet in libris centum.

5) Der Schutz gegen concurrence déloyale ergibt sich aus den Statuten, welche Treue und guten Glauben im Gewerbebetrieb verlangen. So heißt es in den Statuten von Montefeltro von 1384 II 23 (Collezione storica Marchigiana III p. 312):

qualunque artefice bene e fedelmente senza fraude e falsità alcuna faccia et faccia fare et esercitare l'arte sua, e chi contrafarà sia punito in cinque lire de denari per qualunque volta che sarà trovato colpevole.

6) In Braunschweig findet sich eine Urkunde von 1421, worin ein Markenzeichen vor dem Rathe der Stadt übertragen wird:

Ghezeke, Wedewe Bertoldes van Lendorpe, hefft ghesecht vor dem Rade:

Alze ore man Bertold Lendorp hadde eyn merk in eyner staltnisse eynes byles, dar he mede plach to merkende syne meste unde ander syn werk, dat nu uppe se gheervet were,

dat sulve merk hefft se nu myt aller wonheyt unde rechte, alze ore man unde se dat hadden, ghegheven unt upgelaten vor dem Rade Tyleken van dem Haghen unde synen erven, alzo dat se dat nu mer bruken moghen in aller wyse, alsso ore man unde se

des jo to brukende pleghen, wente se en wille des nicht mer bruken[106]).

---

106) Hänselmann, Mittelniederdeutsche Beispiele im Stadtarchiv zu Braunschweig gesammelt (Wolfenbüttel 1892) S. 19 nr. 24 (in den Ueberlieferungen zur Literatur, Geschichte und Kunst, herausgegeben v. Milchsack und Zimmerman, Heft 4). — Ich verdanke diese Stelle meinem Freunde und Collegen Georg Cohn in Zürich.

VII.

Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung.

Fortsetzung [1]).

Drittes Buch. Sachenrecht [2]).

Erster Abschnitt. Besitz.

§ 777 (797, 803 Abs. 2).

Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

---

1) Vorbemerkung des Einsenders. Das dritte Buch des Entwurfs ist in den Monaten Januar bis Juli, Oktober und November 1893 von der Vollkommission berathen, die Redaktion im März 1894 abgeschlossen worden.

Berlin, Ende März 1894. Mandry.

2) 1. Die §§ 778—780, 782—785, 788, 789, 791—795 des Entw. I werden in folgender Fassung in den Allgemeinen Theil versetzt:

Zweiter Abschnitt.

Sachen.

§ 77a (778).

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

§ 77b (779).

Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind diejenigen beweglichen Sachen, welche im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen.

§ 77c (780.)

Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind die-

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

jenigen beweglichen Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht.

Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, welche zu einem Waarenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

§ 77d (782).

Bestandtheile einer Sache, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandtheile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

§ 77e (783, 784).

Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit der Einpflanzung wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks.

Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Gebäudes gehören die zur Herstellung des Gebäudes in dasselbe eingefügten Sachen.

§ 77f (783 Abs. 2, 785).

Zu den Bestandtheilen eines Grundstücks gehören nicht solche Sachen, die mit dem Grund und Boden von einem Anderen als dem Eigenthümer des Grundstücks nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden worden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder sonstigen Werke, das in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden ist.

Sachen, die in ein Gebäude nur zu einem vorübergehenden Zwecke eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandtheilen des Gebäudes.

§ 77g (788).

Rechte, die mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden sind, gelten als Bestandtheile des Grundstücks.

§ 77h (789).

Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen.

§ 778.

Uebt Jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in

---

Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird.

Die nur vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirthschaftlichen Zweck einer anderen begründet nicht die Zubehöreigenschaft. Die nur vorübergehende Trennung eines Zubehörstücks von der Hauptsache hebt die Zubehöreigenschaft nicht auf.

§ 77i (791).

Dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache sind zu dienen bestimmt:

1. bei einem Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, insbesondere bei einer Mühle, einer Schmiede, einem Bräuhaus, einer Fabrik, die zum Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Geräthschaften;
2. bei einem Landgute das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Geräth und Vieh, die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, sowie der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger.

Anmerkung. Dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bleibt die Entscheidung darüber vorbehalten, ob das Zubehör eines Grundstücks und eines im Schiffsregister eingetragenen Schiffes nur der Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder das Schiff unterworfen sein soll.

§ 77k (792).

Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse derselben und die sonstige Ausbeute, welche der Bestimmung der Sache gemäß aus ihr gewonnen wird.

Früchte eines Rechtes sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß währt, insbesondere bei einem Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen die gewonnenen Bestandtheile.

Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.

§ 77l (793).

Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechtes

einem sonstigen Verhältniß aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur dieser Besitzer.

---

sowie die Vortheile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt.

§ 77m (794 Abs. 1).

Ist Jemand berechtigt, die Früchte einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen, so gebühren ihm, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist:

1. die im § 77k Abs. 1 bezeichneten Erzeugnisse und Bestandtheile, auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat, insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung von der Sache getrennt werden;
2. andere Früchte insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden; bestehen jedoch die Früchte in der Vergütung für die Ueberlassung des Gebrauchs oder Fruchtgenusses, in Zinsen, Gewinnantheilen oder sonstigen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen, so gebührt dem Berechtigten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Theil.

§ 77n (795).

Wer verpflichtet ist, die Lasten einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu tragen, hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die regelmäßig wiederkehrenden Lasten nach dem Verhältnisse der Dauer seiner Verpflichtung, andere Lasten insoweit zu tragen, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind.

Die Abschnitte II bis VI des Allgemeinen Theiles erhalten die Bezifferung III bis VII.

2. Zum Ersatze des § 796 des Entw. I wird als § 102a in den Allgemeinen Theil folgende Vorschrift aufgenommen:

Die Befugniß zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

3. Der § 790 des Entw. I wird in folgender Fassung als § 265a in das Recht der Schuldverhältnisse versetzt:

Verpflichtet sich Jemand zur Veräußerung oder Belastung einer

§ 779 (808, 810).

Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert.

Durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.

§ 780 (814, 818).

Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe gekannt hat.

§ 781 (815 Abs. 1—3).

Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wieder bemächtigen.

Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 780 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.

Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

4. Der § 781 Abs. 1 und der § 786 des Entw. I sind gestrichen. Zu § 781 Abs. 2 des Entw. I vgl. § 928 Abs. 1, zu § 787 vgl. § 808, zu § 794 Abs. 2 vgl. § 907 Abs. 2.

§ 782 (815 Abs. 4).

Zur Ausübung der nach § 781 dem Besitzer zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher nach § 778 die thatsächliche Gewalt für den Besitzer ausübt.

§ 783 (819).

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer gegenüber fehlerhaft war und die Erlangung desselben in das letzte Jahr vor der Entziehung fiel.

§ 784 (820).

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer gegenüber fehlerhaft besitzt und die Erlangung des Besitzes in das letzte Jahr vor der Störung fällt.

§ 785 (822).

Gegenüber den in den §§ 783, 784 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei.

§ 786 (823, 824).

Ein nach den §§ 783, 784 begründeter Anspruch erlischt, wenn er nicht innerhalb eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht im Wege der Klage geltend gemacht wird.

Das Gleiche gilt, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt wird, daß dem Thäter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

§ 787 (816).

Die Vorschriften der §§ 780 bis 786 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohn- oder andere Räume besitzt.

§ 788 (817).

Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

§ 789 (867).

Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Andern befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehende Schaden ist dem Besitzer des Grundstücks zu ersetzen. Ist die Entstehung eines Schadens zu besorgen, so kann die Gestattung verweigert werden, bis für den Ersatz Sicherheit geleistet worden ist.

§ 790 (821 Abs. 1).

Besitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 783, 784 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist, wenn der bisherige Besitzer den Besitz nicht wiederübernehmen will oder kann, der mittelbare Besitzer zu verlangen berechtigt, daß ihm der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 789 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird.

§ 791 (821 Abs. 2).

Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 790 Abs. 1 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.

§ 792 (804).

Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, daß demselben der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

§ 793 (797)[3].

Wer eine Sache als ihm gehörig besitzt, ist Eigenbesitzer.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken[4].

§ 794 (828).

Zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, sowie zur

3) Die §§ 798—802, der § 803 Abs. 1 und die §§ 806, 807, 809, 811—813 des Entw. I sind gestrichen. Zu § 804 des Entw. I vgl. auch § 844, zu § 805 vgl. 843, zu § 825 vgl. § 918.

4) I. Es wird vorausgesetzt,

1. daß im Wege der Reichsgesetzgebung eine Grundbuchordnung erlassen wird, in welcher das Grundbuchwesen und das Verfahren der mit der Führung der Grundbücher betrauten Behörden (Grundbuchämter) insoweit geregelt wird, als die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine einheitliche Regelung erfordern;
2. daß im Wege der Reichsgesetzgebung die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung geregelt wird. Diesem Gesetz ist insbesondere die Bestimmung darüber vorbehalten, inwiefern durch die Zwangsversteigerung die an dem versteigerten Grundstücke bestehenden Rechte erlöschen und für solche Rechte der Erlös an die Stelle des Grundstücks tritt.

II. Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher für den Schaden, den ein Grundbuchbeamter durch vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der ihm einem Betheiligten gegenüber obliegenden Amtspflicht verursacht, der Staat oder die Körperschaft des öffentlichen Rechtes, in deren Dienste der Beamte steht, nach § 762 Abs. 1 an Stelle des Beamten oder

Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, die Einigung des Berechtigten und des anderen Theiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich.

Vor der Eintragung sind die Betheiligten an ihre Erklärungen nur gebunden, wenn sie dieselben vor dem Grundbuchamte, vor Gericht oder vor einem Notar abgegeben oder dem Grundbuchamt eingereicht haben oder wenn der Berechtigte dem anderen Theile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

§ 795 (962 Abs. 2 Satz 2, 969, 982, 1048, 1054).

Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

§ 796 (834, 960 Abs. 1, 965 Abs. 1, 977 Abs. 1, 1015, 1048, 1061 Abs. 1).

Zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück ist, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt.

Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt ist, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

§ 797 (960 Abs. 2, 965 Abs. 2, 977 Abs. 2, 1015, 1048, 1061 Abs. 2).

Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines

---

wenigstens insoweit verantwortlich ist, als der Beschädigte nicht von dem Beamten Ersatz erlangen kann.

Dritten belastet, so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes die Zustimmung des Dritten erforderlich. Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigenthümer eines anderen Grundstücks zu, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Die Zustimmung kann dem Berechtigten oder dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden; die Erklärung ist unwiderruflich.

§ 798 (1134 Satz 3, 1144 Satz 3).

Die Vorschriften der §§ 794, 795, 797 finden auch auf Aenderungen des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück Anwendung.

§ 799 (831).

Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 794, 796, 798 abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist.

§ 800 (840)[5].

Das Rangverhältniß unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, bestimmt sich, wenn die Rechte in derselben Abtheilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen. Sind die Rechte in verschiedenen

---

5) Es wir vorausgesetzt,

1. daß die Grundbuchordnung die Erledigung mehrerer dasselbe Grundstück betreffender Eintragungsanträge dahin ordnen wird, daß für die Eintragung der Regel nach die Zeitfolge maßgebend ist, in welcher die Anträge gestellt sind (vgl. § 49 des Entw. der G.=B.=O.);
2. daß die Grundbuchordnung vorschreiben wird, daß, wenn ein Eintragungsantrag wegen Mangels einer gesetzlichen Voraussetzung der Eintragung zurückgewiesen ist, die Wiederanbringung desselben als ein neuer Antrag zu behandeln ist (vgl. § 48 des Entw. der G.=B.=O.).

Abtheilungen eingetragen, so hat das unter einem früherem Datum eingetragene Recht den Vorrang; Rechte, die unter demselben Datum eingetragen sind, haben gleichen Rang. Ist ein anderes Rangverhältniß eingetragen, so ist dieses maßgebend.

Die Eintragung ist für das Rangverhältniß auch dann maßgebend, wenn die nach § 794 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zu Stande gekommen ist.

§ 801 (841).

Das Rangverhältniß kann nachträglich geändert werden.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Aenderung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 794 Abs. 2 und des § 799 finden Anwendung. Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich. Die Zustimmung kann einem der Betheiligten oder dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden; die Erklärung ist unwiderruflich.

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des § 797 entsprechende Anwendung.

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft oder durch Urtheil aufgehoben wird.

Rechte, welche den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt.

§ 802 (842).

Der Eigenthümer kann sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugniß vorbehalten, ein anderes, dem Umfang nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen.

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch;

die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, welches zurücktreten soll.

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugniß auf den Erwerber über.

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, welchem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht in Folge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

§ 803 [6]).

Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig.

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die durch Urtheil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt.

Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.

---

6) In den Artikel 13 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll als § 19c der Konkursordnung die Vorschrift eingestellt werden:

> Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für denselben eingetragenen Rechte eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Einräumung oder die Aufhebung des Rechtes verlangen.

§ 804.

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird.

Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

§ 805.

Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen.

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1077 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt die Vormerkung.

§ 806.

Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten eine Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, welche zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist.

§ 807 (835).

Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, daß der Eigenthümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigenthum an dem Grundstück erwirbt.

§ 808 (787 Abs. 2)[7].

Mehrere Grundstücke können dadurch zu einem Grundstücke vereinigt werden, daß der Eigenthümer sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt.

Ein Grundstück kann dadurch zum Bestandtheil eines anderen Grundstücks gemacht werden, daß der Eigenthümer es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt.

§ 809 (826).

Ist im Grundbuche für Jemand ein Recht eingetragen, so wird vermuthet, daß ihm das Recht zusteht.

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermuthet, daß das Recht nicht besteht.

§ 810 (837 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 844 Abs. 2)[8].

Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft oder durch Urtheil erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist oder daß die Unrichtigkeit oder eine Thatsache, aus welcher sie sich ergiebt, dem Erwerber bekannt ist. Ein Veräußerungsverbot der in den §§ 101, 102 bezeichneten Art ist dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn es aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntniß des Erwerbers die Zeit der Stellung

---

7) Der § 787 Abs. 1 des Entw. I ist gestrichen. Es wird vorausgesetzt, daß das Grundbuch auf Grund eines amtlichen Verzeichnisses der Grundstücke, in welchem jedes Grundstück eine laufende Nummer führt (Flurbuch), angelegt wird (vgl. § 7 des Entw. der G.=B.=O.) und daß die Grundbuchordnung Vorschriften enthalten wird, welche den Eigenthümer eines Grundstücks hindern, einzelne Bestandtheile besonders zu belasten (vgl. § 26 des Entw. der G.=B.=O.).

8) 1. Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher die Grundbuchämter die Einsicht der Grundbücher und der dazu gehörenden Akten jedem Betheiligten zu gestatten haben (vgl. § 15 des Entw. der G.=B.=O.).

2. Zu § 837 Abs. 2 Satz 2 des Entw. I vgl. § 113 Abs. 2.

des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 794 erforderliche Einigung erst später zu Stande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

§ 811 (838).

Die Vorschriften des § 810 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 810 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

§ 812 (839).

Wer in Folge der Vorschriften der §§ 810, 811 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt oder eine Leistung empfangen hat, die Herausgabe des dadurch Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der gleiche Anspruch steht ihm gegen denjenigen zu, welcher durch die Verfügung des Nichtberechtigten ein Recht unentgeltlich erlangt hat.

§ 813 (843).

Steht eine Eintragung oder eine Löschung im Grundbuche mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann der durch die Eintragung oder die Löschung in seinem Rechte an dem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte Beeinträchtigte von demjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung besteht oder die Löschung erfolgt ist, verlangen, daß er die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderliche Erklärung abgiebt. Ist zu einer Löschung die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich, so hat dieser auf Verlangen die Zustimmung zu ertheilen.

Die Kosten der Berichtigung und der dazu erforderlichen Erklärungen hat derjenige zu tragen, welcher die Berichtigung verlangt, sofern sich nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältniß ein Anderes ergiebt.

Der Berichtigungsanspruch unterliegt nicht der Verjährung.

§ 814 (844 Abs. 1, 845).

Steht eine Eintragung oder eine Löschung im Grundbuche mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden.

Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, gegen den sich der Berichtigungsanspruch richtet. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird.

§ 815.

Wer als Eigenthümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigenthum erlangt hat, erwirbt das Eigenthum, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für Jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend.

§ 816.

Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer verjährt ist. Das Gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche nicht eingetragen ist.

§ 817 (847)[9].

Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung, es sei denn, daß sie auf Rückstände wieder-

---

9) 1. Der § 827 des Entw. I ist in der Voraussetzung gestrichen, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher die Eintragung eines Rechtes als mehreren Personen gemeinschaftlich zustehend nur in der Art erfolgen darf, daß entweder die Bruchtheile angegeben werden, zu welchen das gemeinschaftliche Recht den Berechtigten zusteht, oder, wenn eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen nicht vorliegt, dies bemerkt und zugleich das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältniß bezeichnet wird (vgl. § 27 des Entw. der G.-B.-O.).

2. Die §§ 829, 830, 832 des Entw. I sind gestrichen. Zu § 830 vgl. § 153.

3. Der § 833 des Entw. I ist gestrichen. Zum Ersatze des § 833 Abs. 2, 3 soll im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes der § 658 der Civilprozeßordnung dahin geändert werden:

Ist auf Bewilligung einer Eintragung in das Grundbuch oder einer Löschung im Grundbuch erkannt, so wird das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil durch Eintragung einer Vormerkung vollzogen. Das Gleiche gilt, wenn auf Bewilligung der Eintragung eines Pfandrechts in das Schiffsregister oder der Löschung eines Pfandrechts im Schiffsregister erkannt ist.

4. Der § 836 des Entw. I ist in der Voraussetzung gestrichen, daß zum Ersatz und zur Ergänzung desselben eine Vorschrift folgenden Inhalts in die Grundbuchordnung aufgenommen wird:

Zur Löschung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechtes bedarf es nach dem Tode des Berechtigten einer Löschungsbewilligung nicht. Ist jedoch nach dem Inhalte der Eintragung ein Anspruch auf rückständige Leistungen nicht ausgeschlossen, so ist die Löschungsbewilligung erforderlich, wenn die Löschung erfolgen soll, ehe ein Jahr seit dem Tode des Berechtigten oder, wenn er für todt erklärt ist, seit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urtheils verstrichen ist, oder wenn derjenige, welchem der Anspruch auf rückständige Leistungen zustehen würde, unter Berufung auf Rückstände der Löschung bei dem Grundbuchamte widersprochen hat. Der Widerspruch ist auf Antrag in das Grundbuch einzutragen.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn das Recht auf die Zeit bis zur Erreichung eines bestimmten

kehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind. Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich.

Dritter Abschnitt. Eigenthum.

Erster Titel. Inhalt des Eigenthums.

§ 818 (848).

Der Eigenthümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen.

§ 819 (849).

Das Recht des Eigenthümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter derselben. Der Eigenthümer muß jedoch Einwirkungen dulden, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat.

§ 820 (850).

Der Eigenthümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als er durch sie in der Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder die Einwirkung durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

Lebensalters oder bis zur Verheirathung des Berechtigten beschränkt ist.

5. Der § 846 des Entw. I ist gestrichen. Der Grundbuchordnung bleibt die Bestimmung darüber vorbehalten, ob die Vorschriften des § 846 und des Artikels 78 des Entwurfes des Einführungsgesetzes aufzunehmen sind.

§ 821 (864).

Der Eigenthümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung thatsächlich hervortritt.

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften.

§ 822.

Droht einem Grundstücke die Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines sonstigen Werkes, das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigenthümer von demjenigen, welcher nach dem § 759 Abs. 1 und den §§ 760, 761 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln trifft.

§ 823 (865).

Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist.

§ 824 (861)[10].

Der Eigenthümer eines Grundstücks kann Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstück

10) Der Artikel 67 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll folgende Fassung erhalten:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, durch welche die Rechte des Eigenthümers eines Grundstücks zu Gunsten eines benachbarten Waldgrundstücks in Ansehung

eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das Gleiche gilt von herüberragenden Zweigen, wenn der Eigenthümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.

Dem Eigenthümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen.

§ 825 (862).

Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.

§ 826 (857).

Hat der Eigenthümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Ueberbau zu dulden, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend.

§ 827 (857 Abs. 2, 858).

Die Rente für den Ueberbau ist dem jeweiligen Eigenthümer des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigenthümer des anderen Grundstücks zu entrichten.

Die Rente ist jährlich im Voraus zu entrichten. Sie erlischt mit der Beseitigung des Ueberbaues. Ein Verzicht auf die Rente ist unzulässig.

Die Rente wird nicht in das Grundbuch eingetragen. Sie geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den

---

der auf der Grenze oder auf dem Waldgrundstücke stehenden Bäume und Sträucher Beschränkungen unterworfen werden, die über die Vorschriften des § 824 und des § 836 Abs. 2, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausgehen.

älteren, vor. Im Uebrigen finden auf die Rente die Vorschriften über die Reallasten Anwendung.

§ 828 (859).

Der Rentenberechtigte kann jederzeit verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Uebertragung des Eigenthums an dem überbauten Theile des Grundstücks den Werth ersetzt, welchen dieser Theil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Theile nach den Vorschriften über den Kauf.

Für die Zeit bis zur Uebertragung des Eigenthums ist die Rente fortzuentrichten.

§ 829 (860).

Wird durch den Ueberbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zu Gunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§ 826, 827 entsprechende Anwendung.

§ 830 (863).

Fehlt einem Grundstücke die zur ordnungsmäßigen Benutzung nothwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigenthümer von den Nachbarn verlangen, daß sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die Richtung des Nothwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichen Falles durch Urtheil bestimmt.

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Nothweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen. Die Vorschriften des § 826 Abs. 2 Satz 2 und der §§ 827, 829 finden entsprechende Anwendung.

§ 831 (863 Satz 1).

Die Verpflichtung zur Duldung des Nothwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigenthümers aufgehoben worden ist.

Ist in Folge der Veräußerung eines Theiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Theil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so hat der Eigenthümer desjenigen Theiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Nothweg zu dulden. Der Veräußerung eines Theiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigenthümer gehörenden Grundstücken gleich.

§ 832 (851).

Der Eigenthümer eines Grundstücks kann von dem Eigenthümer eines Nachbargrundstücks verlangen, daß derselbe zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.

Die Art der Abmarkung und das Verfahren bestimmen sich nach den Landesgesetzen; enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Betheiligten zu gleichen Theilen zu tragen, sofern sich nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältniß ein Anderes ergiebt.

§ 833 (852).

Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend. Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzutheilen.

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht.

§ 834 (854 Abs. 1).

Werden zwei Grundstücke durch einen Zwischenraum, Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vortheile beider Grundstücke dient

von einander geschieden, so wird vermuthet, daß die Eigenthümer der Grundstücke zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt sind, sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen, daß die Einrichtung dem einen Nachbar allein gehört.

§ 835 (854 Abs. 2).

Sind die Nachbarn zur Benutzung einer der im § 834 bezeichneten Einrichtungen gemeinschaftlich berechtigt, so kann jeder sie zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergiebt, insoweit benutzen, als nicht der andere in der Mitbenutzung beeinträchtigt wird. Die Unterhaltungskosten sind von den Nachbarn zu gleichen Theilen zu tragen. Solange der eine Nachbar an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, darf sie ohne seine Zustimmung nicht beseitigt oder geändert werden. Im Uebrigen bestimmt sich das Rechtsverhältniß zwischen den Nachbarn nach den Vorschriften über die Gemeinschaft.

§ 836 (855).

Steht auf der Grenze ein Baum, so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Theilen.

Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen. Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Theilen zur Last. Der Nachbar, welcher die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigenthum. Der Anspruch auf Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann.

Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch.

§ 837 (853)[11].

Die sich aus den §§ 821, 822, 828, 829, dem § 830

11) 1. Die §§ 856, 866 des Entw. I sind gestrichen. Zum Er-

Abs. 1, dem § 831 Abs. 2, den §§ 832, 833 und dem § 836 Abs. 2 ergebenden Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigenthums an Grundstücken.

§ 838 (868, 870, 871).

Die zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke nach § 794 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß vor dem Grundbuchamte, vor Gericht oder vor einem Notar erklärt werden.

Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

§ 839.

Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, daß die Veräußerung sich auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigenthum an dem Grundstück auch das Eigenthum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräußerer gehören. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Veräußerung sich auf das Zubehör erstrecken soll.

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken, welche dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so finden die Vorschriften der §§ 846 bis 850 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes maßgebend.

§ 840 (873 Abs. 1, 2, 5, 6)[12].

Der Eigenthümer eines Grundstücks kann, wenn das Grund-

---

satze des § 866 soll in den Entwurf des Einführungsgesetzes folgende Vorschrift als Artikel 66a eingestellt werden:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigenthum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch anderen als den in dem Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Beschränkungen unterwerfen.

2. Zu § 867 des Entw. I vgl. §§ 789, 917.

12) Im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes sollen zum Ersatze der Abs. 3, 4 und eines Theiles des Abs. 1 des

stück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz eines Anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Ist der Eigenthümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben ist und seit seinem Tode dreißig Jahre verstrichen sind.

Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, erlangt das Eigenthum dadurch, daß er sich als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen läßt.

Ist vor der Erlassung des Ausschlußurtheils ein Dritter als Eigenthümer oder wegen des Eigenthums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urtheil nicht gegen den Dritten.

---

§ 873 des Entw. I folgende Vorschriften in die Civilprozeßordnung eingestellt werden:

§ 836s.

Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschließung des Eigenthümers eines Grundstücks nach § 840 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

§ 836t (873 Abs. 1).

Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

§ 836u (873 Abs. 1).

Antragsberechtigt ist derjenige, welcher das Grundstück seit der im § 840 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Zeit im Eigenbesitze hat.

§ 836v (873 Abs. 3).

Der Antragsteller hat die zur Begründung des Antrags erforderlichen Thatsachen vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen. Ist der Eigenthümer im Grundbuch eingetragen, so ist sein Tod durch Vorlegung der Sterbeurkunde nachzuweisen oder eine Ausfertigung des die Todeserklärung aussprechenden Urtheils beizubringen.

§ 836w (873 Abs. 4).

In dem Aufgebot ist der bisherige Eigenthümer aufzufordern, sein Recht spätestens im Aufgebotstermin anzumelden, widrigenfalls seine Ausschließung erfolgen werde.

§ 841 (872 Abs. 1, 2)[13].

Das Eigenthum an einem Grundstücke kann dadurch aufgegeben werden, daß der Eigenthümer den Verzicht vor dem Grundbuchamt erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das

13) 1. Im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes sollen zum Ersatze des § 872 Abs. 3 des Entw. I folgende Vorschriften in die Civilprozeßordnung eingestellt werden:

§ 55a.

Soll ein Recht an einem Grundstücke, das von dem bisherigen Eigenthümer nach § 841 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgegeben und von dem Aneignungsberechtigten noch nicht erworben ist, im Wege der Klage geltend gemacht werden, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts auf Antrag einen Vertreter zu bestellen, dem bis zur Eintragung eines neuen Eigenthümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigenthum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit obliegt.

§ 696a.

Soll durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an einem Grundstücke, das von dem bisherigen Eigenthümer nach § 841 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgegeben und von dem Aneignungsberechtigten noch nicht erworben ist, geltend gemacht werden, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag einen Vertreter zu bestellen, dem bis zur Eintragung eines neuen Eigenthümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigenthum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Zwangsvollstreckungsverfahren obliegt.

2. An geeigneter Stelle soll folgende Vorschrift in den Entwurf des Einführungsgesetzes eingestellt werden:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen das Recht zur Aneignung eines nach § 841 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgegebenen Grundstücks nicht dem Fiskus, sondern einer bestimmten anderen Person zusteht.

3. Es wird vorausgesetzt, daß der § 47 Nr. 9 des Gerichtskostengesetzes auf die Fälle der §§ 55a, 696a der Civilprozeßordnung erstreckt wird.

4. Der § 869 des Entw. I ist gestrichen. Der Grundbuchordnung bleibt vorbehalten, eine dem Inhalte des § 869 entsprechende Vorschrift aufzunehmen.

Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigenthum dadurch, daß er sich als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen läßt.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen.

I. Uebertragung.

§ 842 (874).

Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums.

§ 843 (805, 874 Abs. 1).

Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

§ 844 (804, 874 Abs. 1).

Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

§ 845 (875) [14]).

Soll die Uebergabe im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden, so gilt sie als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Erwerber weggenommen hat.

§ 846 (877 Satz 1) [15]).

Durch eine in Gemäßheit der §§ 842, 845 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu welcher er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des

14) Der § 876 des Entw. I ist gestrichen. Vgl. § 153.

15) Zu § 877 Satz 2 des Entw. I vgl. § 113 Abs. 2.

§ 842 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

§ 847 (879 Satz 1).

Gehört eine nach § 843 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigenthümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

Gehört eine nach § 844 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigenthümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

§ 848 (879 Satz 2).

Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 846, 847 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer ist, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

§ 849 (804 Satz 2, 878).

Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigenthums. Erfolgt die Veräußerung nach § 843 oder war die nach § 844 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt.

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber

zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 844 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht.

§ 850 (880).

Wer in Folge der Vorschriften der §§ 846 bis 849 durch eine Veräußerung einen Rechtsverlust erleidet, kann von dem Veräußerer die Herausgabe desjenigen, was dieser durch die Veräußerung erlangt hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der gleiche Anspruch steht ihm gegen den Erwerber zu, wenn die Veräußerung unentgeltlich erfolgt ist.

II. Ersitzung.

§ 851 (881 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 886)[16]).

Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigenthum (Ersitzung). Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er später erfahren hat, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht.

§ 852 (883).

Hat Jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermuthet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe.

§ 853 (884).

Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigenthumsanspruchs gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 171, 172 entgegenstehen.

§ 854 (885 Abs. 1, 3).

Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen.

---

16) Zu § 881 Abs. 2 Satz 2 des Entw. I vgl. § 113 Abs. 2.

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat.

§ 855 (887).

Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigenthumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zu Gunsten desjenigen ein, welcher sie herbeigeführt hat. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 175 bis 178, 182, 184, 185 finden entsprechende Anwendung.

§ 856 (885 Abs. 2).

Wird die Ersitzung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen.

§ 857 (882 Abs. 1).

Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zu Statten.

§ 858 (882 Abs. 2, 885 Abs. 1, 3).

Stirbt der Eigenbesitzer vor der Vollendung der Ersitzung, so wird die Zeit zwischen dem Erbfall und der Erlangung des Eigenbesitzes durch den Erben in die Ersitzungszeit eingerechnet. Ergreift ein Anderer als der Erbe den Eigenbesitz einer Erbschaftssache, so wird die Ersitzung unterbrochen; die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe den Eigenbesitz binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage erlangt.

Die Ersitzungszeit, welche zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zu Statten.

§ 859 (888).

Der Erbschaftsbesitzer kann eine Sache, die er als Erbschaftssache im Besitze hat, nicht gegen den Erben ersitzen, solange nicht der Erbschaftsanspruch gegen ihn verjährt ist.

§ 860 (889).

Mit dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung derselben nicht in gutem Glauben war oder das Bestehen der Rechte später erfahren hat. Die Vorschriften der §§ 853 bis 858 finden entsprechende Anwendung.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 861 (890).

Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigenthum an dem Grundstück auch auf diese Sache.

§ 862 (891).

Werden bewegliche Sachen mit einander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandtheile einer einheitlichen Sache bilden, so werden die bisherigen Eigenthümer Miteigenthümer dieser Sache; die Antheile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Werthes, welchen die einzelnen Sachen zur Zeit der Verbindung hatten.

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt deren Eigenthümer das Alleineigenthum.

§ 863 (892).

Werden bewegliche Sachen mit einander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des § 862 entsprechende Anwendung.

Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde.

§ 864 (895).

Erlischt nach den §§ 861 bis 863 das Eigenthum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte. Erwirbt der Eigenthümer der belasteten Sache Miteigenthum, so bestehen die Rechte an dem Antheile fort, welcher an die Stelle der Sache tritt. Wird der Eigenthümer der belasteten Sache Alleineigenthümer, so erstrecken sich die Rechte auch auf die hinzutretende Sache.

§ 865 (893, 894, 895 Abs. 1).

Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigenthum an der neuen Sache, es sei denn, daß der Werth der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich hinter dem Werthe des Stoffes zurücksteht. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Graviren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche.

Mit dem Erwerbe des Eigenthums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte.

§ 866 (897)[17].

Wer in Folge der Vorschriften der §§ 861 bis 865 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eingetreten ist, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden.

Die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen bleiben unberührt.

§ 867 (1109 Abs. 1).

Das Eigenthum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auch auf den Schuldschein.

Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft

17) Der § 896 des Entw. I ist gestrichen.

deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandtheilen einer Sache.

§ 868 (898).

Erzeugnisse und sonstige Bestandtheile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigenthümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 869 bis 872 ein Anderes ergiebt.

§ 869 (899 Abs. 1)[18].

Wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt ist, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile der Sache anzueignen, erwirbt das Eigenthum an denselben, unbeschadet der Vorschriften der §§ 870 bis 872, mit der Trennung.

§ 870 (900 Satz 1, Satz 2 Nr. 1)[19].

Wer eine Sache im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigenthum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandtheilen, unbeschadet der Vorschriften der §§ 871, 872, mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein Anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezuge berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben war oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfahren hat.

Dem Eigenbesitzer steht derjenige gleich, welcher eine Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an derselben besitzt.

Auf den Eigenbesitz und den ihm gleichgestellten Besitz finden die Vorschriften des § 854 Abs. 2 und des § 858 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

§ 871 (901, 902).

Hat der Eigenthümer einem Anderen gestattet, sich Erzeug-

18) Der § 899 Abs. 2 des Entw. I ist gestrichen.
19) Der § 900 Satz 2 Nr. 2, 3 des Entw. I ist gestrichen.

nisse oder sonstige Bestandtheile der Sache anzueignen, so erwirbt dieser das Eigenthum an denselben, wenn ihm der Besitz der Sache überlassen ist, mit der Trennung, anderenfalls mit der Besitzergreifung. Solange sich der Andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet, kann der Eigenthümer die Gestattung nicht widerrufen, wenn er zu derselben verpflichtet ist.

Das Gleiche gilt, wenn die Gestattung nicht von dem Eigenthümer, sondern von einem Anderen ausgeht, welchem Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile einer Sache nach der Trennung gehören.

§ 872.

Die Vorschriften des § 871 finden auch dann Anwendung, wenn derjenige, welcher die Aneignung einem Anderen gestattet hat, hierzu nicht berechtigt war, es sei denn, daß der Andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen war, bei der Ueberlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandtheile nicht in gutem Glauben war oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfahren hat.

V. Aneignung.

§ 873 (903).

Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigenthum an der Sache. Das Eigenthum wird nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder das Aneignungsrecht eines Anderen durch die Besitzergreifung verletzt wird.

§ 874 (904).

Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigenthümer in der Absicht, auf das Eigenthum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgiebt.

§ 875 (905).

Wilde Thiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Wilde Thiere in Thiergärten und Fische in

Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos.

Gefangene wilde Thiere werden herrenlos, wenn sie die Freiheit wiedererlangen und der Eigenthümer sie nicht unverzüglich verfolgt oder die Verfolgung aufgiebt.

Gezähmte Thiere werden herrenlos, wenn sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren.

§ 876 (906).

Ein ausgezogener Bienenschwarm wird herrenlos, wenn der Eigenthümer ihn nicht unverzüglich verfolgt oder die Verfolgung aufgiebt oder ihn dergestalt aus dem Gesichte verliert, daß er nicht mehr weiß, wo sich der Schwarm befindet.

§ 877 (907).

Der Eigenthümer des Bienenschwarms kann bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so kann der Eigenthümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Die Vorschriften des § 789 finden Anwendung.

§ 878 (908).

Vereinigen sich ausgezogene Bienenschwärme verschiedener Eigenthümer, so werden die Eigenthümer, welche ihre Schwärme verfolgt haben, Miteigenthümer des eingefangenen Gesammtschwarmes; die Antheile bestimmen sich nach der Zahl der verfolgten Schwärme.

§ 879 (909)[20].

Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigenthum und die sonstigen Rechte an den Bienen, mit welchen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm. Das Eigenthum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlöschen.

---

20) Der § 909 Satz 3 des Entw. I ist gestrichen.

VI. Fund.

§ 880 (910 Abs. 1, 2, 921 Abs. 1)[21].

Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, hat dem Verlierer oder dem Eigenthümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten unverzüglich Anzeige zu machen.

Kennt der Finder die Empfangsberechtigten nicht oder ist ihm ihr Aufenthalt unbekannt, so hat er den Fund und die Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, unverzüglich der Polizeibehörde anzuzeigen. Ist die Sache nicht mehr als drei Mark werth, so bedarf es der Anzeige bei der Polizeibehörde nicht.

§ 881 (911, 913).

Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet.

Ist der Verderb der Sache zu besorgen oder ist die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden, so hat der Finder die Sache öffentlich versteigern zu lassen. Vor der Versteigerung ist der Polizeibehörde Anzeige zu machen. Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

§ 882 (912 Abs. 1)[22].

Der Finder ist berechtigt und auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, die Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abzuliefern.

§ 883.

Der Finder hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

§ 884.

Der Finder wird durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit.

§ 885 (914 Nr. 1).

Macht der Finder zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittelung eines

21) Der § 910 Abs. 3 des Entw. I ist gestrichen.
22) Der § 912 Abs. 2 des Entw. I ist gestrichen.

Empfangsberechtigten Aufwendungen, die er nach den Umständen für erforderlich halten darf, so kann er von dem Empfangsberechtigten Ersatz verlangen.

§ 886 (914 Nr. 2, 921 Abs. 2).

Der Finder kann von dem Empfangsberechtigten einen Finderlohn verlangen. Der Finderlohn beträgt von dem Werthe der Sache bis zu dreihundert Mark fünf vom Hundert, von dem Mehrwerth eins vom Hundert, bei Thieren eins vom Hundert. Hat die Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Werth, so ist der Finderlohn nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht hat.

§ 887 (915)[23]).

Auf die in den §§ 885, 886 bestimmten Ansprüche finden die für die Ansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer wegen Verwendungen geltenden Vorschriften des § 913 entsprechende Anwendung.

§ 888 (918, 919 Abs. 1, 920, 921).

Mit dem Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde erwirbt der Finder das Eigenthum an der Sache, es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. Mit dem Erwerbe des Eigenthums erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache.

Ist die Sache nicht mehr als drei Mark werth, so beginnt die einjährige Frist mit dem Funde. Der Finder erwirbt das Eigenthum nicht, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht hat. Die Anmeldung eines Rechtes bei der Polizeibehörde steht dem Erwerbe des Eigenthums nicht entgegen.

---

23) Der § 917 des Entw. I ist gestrichen.

§ 889 (919 Abs. 2).

Sind innerhalb der einjährigen Frist Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden oder haben sie bei einer Sache, die mehr als drei Mark werth ist, ihre Rechte bei der Polizeibehörde rechtzeitig angemeldet, so erwirbt der Finder das Eigenthum und erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache dann, wenn die Empfangsberechtigten sich auf die Aufforderung des Finders nicht zur Befriedigung der dem Finder nach den §§ 885 bis 887 zustehenden Ansprüche bereit erklären. Die Aufforderung hat nach den Vorschriften des § 914 Abs. 1, 3 zu erfolgen.

§ 890 (913, 916).

Durch die Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde werden die Rechte des Finders nicht berührt. Läßt die Polizeibehörde die Sache versteigern, so tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Die Polizeibehörde darf die Sache oder den Erlös nur mit Zustimmung des Finders einem Empfangsberechtigten herausgeben.

§ 891 (923 Abs. 1).

Verzichtet der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Erwerbe des Eigenthums an der Sache, so geht sein Recht auf die Gemeinde des Fundorts über.

Hat der Finder nach der Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde auf Grund der Vorschriften der §§ 888, 889 das Eigenthum erworben, so geht dasselbe auf die Gemeinde des Fundorts über, wenn der Finder nicht innerhalb einer ihm von der Polizeibehörde bestimmten Frist die Herausgabe verlangt.

§ 892 (922, 923 Abs. 2).

Wer in Folge der Vorschriften der §§ 888, 889, 891 einen Rechtsverlust erleidet, kann in den Fällen der §§ 888, 889 von dem Finder, in den Fällen des § 891 von der Gemeinde des Fundorts die Herausgabe des durch die Rechts-

änderung Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Anspruch erlischt, wenn er nicht binnen drei Jahren nach dem Uebergange des Eigenthums auf den Finder oder die Gemeinde gerichtlich geltend gemacht wird.

§ 893 (924).

Wer eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt findet und an sich nimmt, hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen Angestellten derselben abzuliefern. Die Vorschriften der §§ 880 bis 892 finden keine Anwendung.

§ 894 (925 Abs. 1, 926 Abs. 2).

Die Behörde oder die Verkehrsanstalt kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen. Die öffentlichen Behörden und die Verkehrsanstalten des Reiches, der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen ihrer Beamten vornehmen lassen.

Die Versteigerung ist erst zulässig, wenn der Fund öffentlich bekannt gemacht, die Empfangsberechtigten in der Bekanntmachung zur Anmeldung ihrer Rechte unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und die Frist ohne eine Anmeldung verstrichen ist. Die Bekanntmachung ist nicht erforderlich, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist.

Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

§ 895 (926).

Hat sich der Empfangsberechtigte nicht binnen drei Jahren nach dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Frist gemeldet, so fällt der Versteigerungserlös, wenn die Behörde oder die Verkehrsanstalt eine Reichsbehörde oder eine Reichsanstalt ist, an den Reichsfiskus, wenn sie eine Landesbehörde oder eine Landesanstalt ist, an den Fiskus des Bundesstaats, wenn sie eine Gemeindebehörde oder eine Ge-

meindeanstalt ist, an die Gemeinde, wenn die Verkehrsanstalt von einer Privatperson betrieben wird, an diese.

Ist die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt, so beginnt die dreijährige Frist erst, nachdem der Fund öffentlich bekannt gemacht und die Empfangsberechtigten in der Bekanntmachung zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert worden sind. Das Gleiche gilt, wenn gefundenes Geld abgeliefert worden ist.

Die Kosten werden von dem herauszugebenden Betrag abgezogen.

§ 896 (925 Abs. 2).

Die in den §§ 894, 895 vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgt, wenn die Behörde oder die Verkehrsanstalt eine Reichsbehörde oder eine Reichsanstalt ist, nach den von dem Bundesrath erlassenen Vorschriften; in den übrigen Fällen sind die von der Zentralbehörde des Bundesstaats erlassenen Vorschriften maßgebend.

§ 897 (927).

Ist eine öffentliche Behörde im Besitz einer Sache, zu deren Herausgabe sie verpflichtet ist, ohne daß die Verpflichtung auf Vertrag beruht, so finden, wenn der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, die Vorschriften der §§ 894 bis 896 entsprechende Anwendung.

§ 898 (928).

Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und in Folge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigenthum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigenthümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigenthume.

§ 899 (929).

Der Eigenthümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

Gegenüber einem mittelbaren Besitzer steht dem Eigenthümer ein Anspruch auf Ueberlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu.

§ 900 (804 Satz 2, 942).

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigenthümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Ist der mittelbare Besitzer dem Eigenthümer gegenüber zur Ueberlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigenthümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, an sich selbst verlangen.

Der Besitzer einer Sache, die nach § 844 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigenthümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.

§ 901 (933).

Der Besitzer hat dem Eigenthümer die Nutzungen herauszugeben, welche er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogen hat. Die auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten sind von dem Eigenthümer insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth der Nutzungen nicht übersteigen.

Hat der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht gezogen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft hätte ziehen können, so ist er dem Eigenthümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt.

§ 902.

Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigenthümer zur Herausgabe der vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen nach

den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

§ 903 (933).

Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich, welcher dadurch entsteht, daß die Sache in Folge seines Verschuldens verschlechtert wird, untergeht oder aus einem sonstigen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

§ 904 (931 Abs. 1, 932 Abs. 1 Satz 1, 934)[24]).

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigenthümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 901, 903. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntniß an. Eine weitergehende Haftung wegen Verzugs bleibt unberührt.

§ 905 (932 Abs. 2).

Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des § 904 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn der mittelbare Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder später den Mangel des Rechtes zum Besitz erfahren hat.

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 903 bezeichneten Schaden dem Eigenthümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

§ 906 (935).

Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigenthümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

---

24) Der § 931 Abs. 2 und der § 932 Abs. 1 Satz 2 des Entw. I sind gestrichen.

25) Der § 930 Abs. 2 des Entw. I ist gestrichen.

§ 907 (794 Abs. 2, 930 Abs. 1)[25]).

Liegen die in den §§ 901 bis 906 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so ist der Besitzer weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatze verpflichtet.

Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des § 77m Anwendung.

§ 908 (936 Abs. 1, 2).

Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen von dem Eigenthümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen.

Für andere Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit gemacht worden sind und der Werth der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigenthümer die Sache wieder erlangt. Haftet der Besitzer nach § 904, so steht ihm dieser Anspruch nicht zu.

§ 909.

Zu den nothwendigen Verwendungen im Sinne des § 908 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache gemacht hat. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind.

§ 910 (936 Abs. 3).

Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandtheil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die für das Wegnahmerecht des Miethers geltenden Vorschriften des § 491 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 908 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen

hat oder ihm mindestens der Werth ersetzt wird, welchen der Bestandtheil nach der Abtrennung für ihn haben würde.

§ 911.

Ist ein landwirthschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat der Eigenthümer die Kosten, welche der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des Wirthschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth dieser Früchte nicht übersteigen.

§ 912 (937).

Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte.

Die Verpflichtung des Eigenthümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, welche gemacht worden sind, bevor er das Eigenthum erworben hat[26]).

§ 913 (938)[27]).

Der Besitzer kann den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigenthümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt. Solange der Eigenthümer die Verwendungen nicht genehmigt hat, kann

---

26) Es wird vorausgesetzt, daß in das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eine Vorschrift aufgenommen wird, nach welcher der Besitzer den Realgläubigern und dem Ersteher gegenüber einen Ersatzanspruch wegen Verwendungen nicht geltend machen kann.

27) Die §§ 939—941 des Entw. I sind gestrichen. Bei der Streichung des § 940 ist vorausgesetzt worden, daß nach Artikel 47 des Entwurfes des Einführungsgesetzes die landesgesetzlichen Vorschriften auch insoweit unberührt bleiben, als nach denselben die gewerblichen Pfandleiher und Pfandleihanstalten die bei ihnen verpfändeten Sachen dem Eigenthümer nur gegen Bezahlung der auf die Sachen gegebenen Darlehen herauszugeben brauchen.

er sich von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgiebt. Die Genehmigung gilt als ertheilt, wenn der Eigenthümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache angenommen hat.

Hat der Besitzer die Sache dem Eigenthümer herausgegeben, so erlischt der Anspruch, wenn er nicht vor dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Herausgabe gerichtlich geltend gemacht wird, es sei denn, daß der Eigenthümer die Verwendungen genehmigt hat.

Zur Herausgabe der Sache ist der Besitzer nur gegen Befriedigung des Anspruchs verpflichtet; das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

§ 914.

Der Besitzer kann den Eigenthümer unter Angabe der Höhe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige.

Erfolgt die Genehmigung nicht vor dem Ablaufe der Frist, so ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen.

Bestreitet der Eigenthümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigenthümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Genehmigung nicht innerhalb der Frist erfolgt ist.

§ 915.

Auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem mittelbaren Besitzer finden die Vorschriften der §§ 901 bis 914 entsprechende Anwendung.

§ 916 (943, 944)[28].

Wird das Eigenthum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigenthümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigenthümer auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer zur Duldung verpflichtet war.

§ 917 (867).

Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein Anderer als der Eigenthümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 789 bestimmte Anspruch zu.

§ 918 (825).

Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermuthet, daß er Eigenthümer der Sache sei. Dies gilt jedoch

---

28) 1. In dem Entwurfe des Einführungsgesetzes soll geeigneten Ortes bestimmt werden:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen die Vorschrift des § 26 der Gewerbeordnung auf Eisenbahn-, Dampfschifffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstreckt wird.

2. Im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll die Civilproceßordnung dahin geändert werden:

a) Im § 73 sind statt der Worte „im Namen eines Dritten“ zu setzen

im Abs. 1 die Worte „auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 790 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art“,

im Abs. 3 die Worte „auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im Abs. 1 bezeichneten Art.“

b) Als § 73a wird zum Ersatz eines Theiles des § 944 des Entw. I folgende Vorschrift eingestellt:

Die Vorschriften des § 73 finden entsprechende Anwendung, wenn Jemand von dem Eigenthümer einer Sache wegen einer Beeinträchtigung des Eigenthums verklagt ist, die er in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben behauptet.

nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder um Inhaberpapiere handelt.

Zu Gunsten eines früheren Besitzers wird vermuthet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigenthümer der Sache gewesen sei.

Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermuthung für den mittelbaren Besitzer.

§ 919 (945 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2)[29].

Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigenthümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat. Im Uebrigen finden die Vorschriften der §§ 900—915 entsprechennde Anwendung.

Fünfter Titel. Miteigenthum.

§ 920 (946).

Steht das Eigenthum an einer Sache Mehreren nach Bruchtheilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 921—923.

§ 921 (947).

Die gemeinschaftliche Sache kann auch zu Gunsten eines Miteigenthümers belastet werden.

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zu

29) Zu § 945 Abs. 1 Satz 2 des Entw. I vgl. § 113 Abs. 2.

Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zu Gunsten der jeweiligen Eigenthümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigenthümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.

§ 922 (949)[30].

Haben die Miteigenthümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung geregelt oder haben sie das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers nur, wenn sie als Belastung des Antheils im Grundbuch eingetragen ist.

Die in den §§ 691, 692 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind.

§ 923 (951)[31].

Jeder Miteigenthümer kann die Ansprüche aus dem Eigenthume Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 374.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 924 (961).

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das ver-

30) Der Artikel 73 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll folgende Fassung erhalten:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den Fall, daß jedem der Miteigenthümer eines mit einem Gebäude versehenen Grundstücks die ausschließliche Benutzung eines Theiles des Grundstücks eingeräumt ist, das Gemeinschaftsverhältniß näher bestimmen und die Anwendung der §§ 685 bis 687 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie des § 14 Abs. 2 der Konkursordnung ausschließen.

31) Die §§ 948, 950 des Entw. I sind gestrichen.

äußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

Das Erbbaurecht kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Theiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vortheil bietet.

Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Theil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig.

§ 925 (962 Abs. 1).

Die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 794 erforderliche Einigung des Eigenthümers und des Erwerbers muß vor dem Grundbuchamte, vor Gericht oder vor einem Notar erklärt werden.

§ 926 (965 Abs. 1).

Die zur Aufhebung des Erbbaurechts nach § 796 erforderliche Erklärung des Berechtigten muß vor dem Grundbuchamt abgegeben werden.

§ 927 (963).

Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht.

§ 928 (781 Abs. 2, 962 Abs. 2 Satz 1, 964)[32]).

Die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten auch für das Erbbaurecht.

Die für den Erwerb des Eigenthums und die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung.

---

32) 1. Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung zum Ersatz eines Theiles des § 962 Abs. 2 Satz 1 des Entw. I eine Bestimmung enthalten wird, nach welcher das Erbbaurecht ein besonderes Blatt im Grundbuch erhalten soll.

2. Zu § 962 Abs. 2 Satz 2 des Entw. I vgl. § 795, zu § 965 vgl. §§ 796, 797.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 929 (966)[33].

Ein Grundstück kann zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines sich aus dem Eigenthum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergebenden Rechtes ausgeschlossen ist (Grunddienstbarkeit).

§ 930 (967).

Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer solchen Belastung bestehen, welche für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vortheil bietet. Ueber das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden.

§ 931 (970).

Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigenthümers des belasteten Grund-

---

33) Der Artikel 109 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll, soweit er sich auf Dienstbarkeiten bezieht, durch folgende Vorschriften ersetzt werden:

Eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bedarf zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Die Eintragung hat jedoch zu erfolgen, wenn sie von dem Berechtigten oder von dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks verlangt wird; die Kosten sind von demjenigen zu tragen und vorzuschießen, welcher die Eintragung verlangt.

Durch landesherrliche Verordnung kann bestimmt werden, daß die bestehenden Grunddienstbarkeiten oder einzelne Arten derselben zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei der Anlegung des Grundbuchs oder später in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Die Verordnung kann für einzelne Grundbuchbezirke erlassen werden.

stücks thunlichst zu schonen. Anlagen, die von dem Berechtigten auf dem belasteten Grundstücke zur Ausübung der Dienstbarkeit gehalten werden, sind von ihm in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, soweit das Interesse des Eigenthümers es erfordert.

§ 932 (971 Abs. 1, 3).

Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke, so kann bestimmt werden, daß der Eigenthümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Steht dem Eigenthümer das Recht zur Mitbenutzung einer solchen Anlage zu, so kann bestimmt werden, daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigenthümers erforderlich ist.

Wird eine solche Unterhaltungspflicht bestimmt, so finden auf sie die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung.

§ 933 (971 Abs. 2, 3).

Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten, so hat, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Die Vorschrift des § 932 Abs. 2 gilt auch für diese Unterhaltungspflicht.

§ 934 (972).

Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Theil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigenthümer, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist, die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen; die Kosten der Verlegung sind von ihm zu tragen und vorzuschießen. Dies gilt auch dann, wenn der Theil des Grundstücks, auf welchen sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist.

Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

§ 935 (973).

Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke dergestalt zusammen, daß die Rechte neben einander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen.

§ 936 (976).

Wird das Grundstück des Berechtigten getheilt, so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Theile fort; die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Theile zum Vortheile, so erlischt sie für die übrigen Theile.

§ 937 (975).

Wird das belastete Grundstück getheilt, so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Theil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Theile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei.

§ 938 (978).

Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten die im § 916 bestimmten Rechte zu.

§ 939 (979)[34].

Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigenthümer desselben im Grundbuch eingetragenen

---

34) 1. Dem Artikel 111 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll als Abs. 2 folgende Vorschrift hinzugefügt werden:

> Von der Zeit an, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, finden, wenn der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit gestört wird, mit

Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 940 (980)[35].

Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch).

Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden.

§ 941.

Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Zubehöre nach den für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften des § 839.

§ 942 (983).

Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll. Die Vorschriften des § 842 Satz 2 und der §§ 843—850 finden entsprechende Anwendung; in den Fällen des § 849 tritt nur die Wirkung ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht.

---

welcher das Halten einer dauernden Anlage auf dem belasteten Grundstücke verbunden ist, die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs so lange entsprechende Anwendung, als Dienstbarkeiten dieser Art nach Art. 109 zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen.

2. Die §§ 968, 974 des Entw. I sind gestrichen. Zu § 969 des Entw. I vgl. § 795, zu § 977 vgl. §§ 796, 797.

35) Der § 981 des Entw. I ist gestrichen.

§ 943.

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung.

§ 944 (992 Abs. 1 Satz 1)[36].

Der Nießbraucher kann den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen. Das gleiche Recht steht dem Eigenthümer zu.

§ 945 (993).

Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sind der Nießbraucher und der Eigenthümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken. Das Verzeichniß ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Theilen zu unterzeichnen; jeder Theil kann verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird. Jeder Theil kann auch verlangen, daß das Verzeichniß durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten aufgenommen wird. Die Kosten sind von demjenigen zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme oder die Beglaubigung verlangt.

§ 946 (984, 991, 994 Satz 1).

Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt.

Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirthschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zu verfahren.

§ 947 (989 Abs. 1 Satz 1, 994 Satz 2)[37].

Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern.

---

36) Die Vorschriften des § 992 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 des Entw. I sind in der Voraussetzung gestrichen worden, daß sie in das für erforderlich erachtete Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommen werden.

37) Der § 989 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und der § 995 des Entw. I sind gestrichen.

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Thon, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandtheilen errichten, sofern nicht die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird.

§ 948.

Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirthschaftlichen Behandlung durch einen Wirthschaftsplan festgestellt wird. Tritt eine erhebliche Aenderung der Umstände ein, so kann jeder Theil eine entsprechende Aenderung des Wirthschaftsplans verlangen.

Die Kosten sind von jedem Theile zur Hälfte zu tragen.

§ 949 (988 Abs. 2, 3)[38].

Der Nießbraucher erwirbt das Eigenthum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder die er deshalb im Uebermaße gezogen hat, weil dies in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, verpflichtet, den Werth, welchen diese Früchte zur Zeit der Trennung hatten, dem Eigenthümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht.

Ist die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt worden, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt worden sind.

§ 950 (990 Satz 2)[39].

Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich nicht auf den

38) Der § 988 Abs. 1 des Entw. I ist gestrichen.
39) Der § 990 Satz 1 des Entw. I ist gestrichen.

Antheil des Eigenthümers an einem Schatze, der in der Sache gefunden wird.

§ 951 (991, 997, 998 Abs. 1).

Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirthschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

§ 952 (996, 998 Abs. 2).

Wird eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache erforderlich oder wird die Sache zerstört oder beschädigt oder maßt sich ein Dritter ein Recht an der Sache an, so hat der Nießbraucher dem Eigenthümer unverzüglich Anzeige zu machen.

§ 953 (999 Abs. 1).

Nimmt der Nießbraucher eines Grundstücks eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vor, so darf er zu derselben innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft auch Bestandtheile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören.

§ 954 (998 Abs. 2, 999 Abs. 2).

Nimmt der Nießbraucher eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung der Sache nicht selbst vor, so hat er dem Eigenthümer die Vornahme zu gestatten. Von dem Nießbraucher eines Grundstücks kann der Eigenthümer verlangen, daß ihm zu der Ausbesserung oder Erneuerung die Verwendung der im § 953 bezeichneten Bodenbestandtheile gestattet wird.

§ 955 (1001, 1003 Nr. 4).

Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Unfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht. Die Versicherung ist so zu nehmen, daß der Anspruch aus derselben nicht ohne den Eigenthümer geltend gemacht werden kann.

Ist die Sache bereits versichert, so fallen die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen dem Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs zur Last, soweit er zur Versicherung verpflichtet gewesen sein würde.

§ 956 (1002).

Tritt ein die Zahlungspflicht des Versicherers begründender Unfall ein, so steht dem Nießbraucher der Nießbrauch an dem Anspruch auf die Versicherungssumme nach den Vorschriften zu, welche für den Nießbrauch au einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten.

Sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht. Der Eigenthümer kann die Verwendung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen.

§ 957 (1003 Nr. 1—3).

Der Nießbraucher ist dem Eigenthümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache hafteten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden.

§ 958 (1000).

Ist ein Grundstück sammt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über einzelne Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang, sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum desjenigen, welchem das Inventar gehört.

Hat der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung übernommen, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerthe zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§ 528, 529 entsprechende Anwendung.

§ 959 (1010).

Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigenthümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Verzinsung des aufgewendeten Geldes kann der Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs nicht verlangen. Das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung steht dem Nießbraucher in dem gleichen Umfange zu wie nach § 491 Abs. 2 einem Miether.

§ 960 (1007 Abs. 1).

Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, sind von dem Nießbraucher nicht zu vertreten.

§ 961 (1005, 1006).

Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgniß einer Verletzung der Rechte des Eigenthümers begründet, so kann der Eigenthümer Sicherheitsleistung verlangen. Auf Antrag des Eigenthümers hat das Gericht für die Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen.

Leistet der Nießbraucher die Sicherheit nicht innerhalb der bestimmten Frist, so kann der Eigenthümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter. Verwalter kann auch der Eigenthümer sein.

Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird.

§ 962 (1004).

Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache,

zu dem er nicht befugt ist, so kann der Eigenthümer auf Unterlassung klagen, wenn der Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung fortgesetzt wird.

§ 963 (1006 Abs. 1).

Verletzt der Nießbraucher die Rechte des Eigenthümers in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigenthümers fort, so kann der Eigenthümer die Anordnung einer Verwaltung nach § 961 Abs. 2 verlangen.

§ 964 (991, 1007, 1009).

Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigenthümer zurückzugeben.

Bei dem Nießbrauch an einem landwirthschaftlichen Grundstücke finden die Vorschriften der §§ 531, 532, bei dem Nießbrauch an einem Landgute finden die Vorschriften des § 533 entsprechende Anwendung.

§ 965 (1008).

Ist ein Grundstück von dem Nießbraucher über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermiethet oder verpachtet worden, so finden nach der Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung geltenden Vorschriften der §§ 512, 513, des § 514 Satz 1 und der §§ 515—517, 520 entsprechende Anwendung.

Der Eigenthümer ist berechtigt, das Mieth- oder Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Der Miether oder der Pächter kann den Eigenthümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch machen wolle. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht innerhalb der Frist erfolgt. Ist der Nießbrauch in Folge Verzichts des Nießbrauchers erloschen, so kann der Eigenthümer erst von dem Zeitpunkt an kündigen, in welchem der Nießbrauch ohne den Verzicht erloschen sein würde.

§ 966.

Die Ersatzansprüche des Eigenthümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt nach Maßgabe des § 500 Satz 2.

§ 967.

Im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gilt zu Gunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigenthümer, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigenthümer ist.

§ 968 (1011—1013).

Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden.

§ 969 (986)[40].

Trifft ein Nießbrauch mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an der Sache dergestalt zusammen, daß die Rechte neben einander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so findet die Vorschrift des § 935 Anwendung.

§ 970 (1014).

Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser.

§ 971.

Wird der Nießbrauch an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auch auf den Nießbrauch an dem Zubehöre.

§ 972 (1016 Abs. 1).

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft.

---

40) Der § 987 des Entw. I ist gestrichen.

§ 973 (1016 Abs. 2).

Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe.

§ 974 (1017).

Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung

§ 975 (985 Abs. 1)[41].

Besteht ein Nießbrauch an dem Antheil eines Miteigenthümers, so übt der Nießbraucher die sich aus der Gemeinschaft der Miteigenthümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art der Benutzung ergebenden Rechte aus. Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von beiden gemeinschaftlich verlangt werden. Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Antheils treten.

§ 976 (1018 Abs. 1, 1019, 1020 Satz 1)[42].

Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigenthümer der Sachen; nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Werth zu ersetzen, welchen die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Werth auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen[43]).

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Werthes gefährdet ist.

---

41) Der § 985 Abs. 2 des Entw. I ist gestrichen.

42) Der § 1018 Abs. 2 und der § 1020 Satz 2 des Entw. I sind gestrichen.

43) Es wird vorausgesetzt, daß zum Ersatz eines Theiles des § 1019 des Entw. I die in der Anmerkung zu § 944 in das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesenen Vorschriften des § 992 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 des Entw. I auf den Fall des § 976 erstreckt werden.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 977 (1021).

Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein.

Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 978—993 ein Anderes ergiebt.

§ 978 (1022, 1023 Satz 1).

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften.

An einem Rechte, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden.

§ 979 (1023 Satz 1)[44].

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, so finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung des Rechtes für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten.

§ 980 (1024).

Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist, soweit nicht die Vorschrift des § 797 Satz 3 Anwendung findet, dem Berechtigten gegenüber zu erklären; die Erklärung ist unwiderruflich.

Das Gleiche gilt im Falle einer Aenderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt.

§ 981 (1025)[45].

Auf die Beendigung des Nießbrauchs an einem Rechte finden die Vorschriften der §§ 972, 973 auch dann entsprechende Anwendung, wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

---

44) Der § 1023 Satz 2 des Entw. I ist gestrichen.

45) Der § 1026 des Entw. I ist gestrichen.

§ 982 (1027).

Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen, welche auf Grund des Rechtes gefordert werden können.

§ 983 (1028).

Der Nießbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung und, wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt. Er hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Zu sonstigen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt.

§ 984 (1029 Abs. 1, 3)[46].

Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an demselben.

Werden verbrauchbare Sachen geleistet, so erwirbt der Nießbraucher das Eigenthum; die Vorschriften des § 976 finden entsprechende Anwendung.

§ 985 (1033).

Ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs, so gelten die Vorschriften der §§ 986—988.

§ 986 (1033 Abs. 1, 2, 4, 5).

Der Schuldner kann das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich gezahlt wird; jeder kann statt der Zahlung die Hinterlegung für beide fordern.

Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird.

§ 987 (1033 Abs. 3).

Ist die Forderung fällig, so sind der Nießbraucher und der Gläubiger einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken.

46) Der § 1029 Abs. 2 und die §§ 1030—1032 des Entw. I sind gestrichen.

Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Theil die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist.

§ 988 (1034).

Der Nießbraucher und der Gläubiger sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeldern geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher.

§ 989 (1035).

Die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld.

§ 990 (1036 Abs. 1, 2, 1037).

Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber oder eine Aktie auf den Inhaber Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu demselben gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine steht dem Nießbraucher zu.

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Uebergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes.

§ 991 (1036 Abs. 2).

Kommt zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer des Papiers eine Einigung über die Art der Aufbewahrung nicht zu Stande, so ist das Papier nebst dem Erneuerungsscheine bei einer Hinterlegungsstelle oder, wenn der Nießbraucher es verlangt, bei der Reichsbank dergestalt zu hinterlegen, daß der Anspruch auf Herausgabe von dem Nießbraucher und dem Eigenthümer nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann.

§ 992 (1036 Abs. 3, 4).

Der Nießbraucher und der Eigenthümer des Papiers sind einander verpflichtet, zur Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine sowie zu sonstigen durch eine ordnungsmäßige Vermögensverwaltung gebotenen Maßnahmen mitzuwirken.

Im Falle der Einlösung des Papiers finden die Vorschriften des § 988 Anwendung. Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Theil des Kapitals.

§ 993 (1036 Abs. 1).

Ist die Schuldverschreibung oder die Aktie als verbrauchbare Sache Gegenstand des Nießbrauchs, so bewendet es bei den Vorschriften des § 976.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 994 (1038).

Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Soweit der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften der §§ 995 bis 997.

§ 995 [47]).

Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf

47) Im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes sollen folgende Vorschriften in die Civilprozeßordnung eingestellt werden:

§ 671a.

Bei dem Nießbrauch an einem Vermögen findet wegen der vor der Bestellung des Nießbrauchs entstandenen Verbindlichkeiten des Bestellers die Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände nur statt, wenn der Besteller zu der Leistung und der Nießbraucher zur Gestattung der Zwangsvollstreckung verurtheilt ist.

§ 671b.

Ist der Nießbrauch an einem Vermögen erst während der Rechtshängigkeit oder nach der Beendigung eines Rechtsstreits

den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen. Hat der Nießbraucher das Eigenthum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Werthes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet.

§ 996 (1040).

Der Besteller kann, wenn eine Forderung der im § 995 bezeichneten Art fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet.

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen. Befindet sich der geschuldete Gegenstand nicht in dem Vermögen, welches dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Ersatze des Werthes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen.

§ 997 (1041).

Die Gläubiger des Bestellers können ihre Ansprüche auf Zinsen von Forderungen, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs verzinslich waren, sowie auf andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften bestritten werden, für die Zeit des Nießbrauchs auch gegen den Nießbraucher geltend machen. Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Der Nießbraucher ist dem Besteller zur Befriedigung der Gläubiger wegen dieser Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt.

§ 998 (1043)[48]).

Die Vorschriften der §§ 994 bis 997 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 999 (1044, 1048, 1049)[49]).

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen oder eine sonstige als Inhalt einer Grunddienstbarkeit zulässige Befugniß auszuüben (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§ 931 bis 935, 937 bis 939, 970 finden entsprechende Anwendung.

§ 1000 (1046).

Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

---

des Bestellers begründet worden, so finden auf die Ertheilung einer gegen den Nießbraucher in Ansehung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände vollstreckbaren Ausfertigung des gegen den Besteller erlassenen Urtheils die Vorschriften der §§ 665 bis 668, 671 entsprechende Anwendung.

§ 702a.

Bei dem Nießbrauch an einem Vermögen findet auf Grund eines gegen den Besteller vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände auch dann statt, wenn der Nießbraucher in einer von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommenen Urkunde die sofortige Vollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände bewilligt hat.

48) Der § 1042 des Entw. I ist gestrichen.

49) Der § 1045 des Entw. I ist gestrichen. Zu § 1048 vgl. auch die §§ 795—797.

bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten.

§ 1001 (1047).

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar. Die Ueberlassung der Ausübung an einen Anderen ist unzulässig, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist.

§ 1002 (1050).

Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Theil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigenthümers als Wohnung zu benutzen. Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 941, 944, 946, des § 947 Abs. 1, der §§ 951, 952, des § 954 Satz 1 und der §§ 959, 960, 966, 971 entsprechende Anwendung.

Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen.

Ist das Recht auf einen Theil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1003 (952 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2).

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigenthümer gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist.

Das Vorkaufsrecht kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

§ 1004 (953).

Ein Bruchtheil eines Grundstücks kann mit dem Vorkaufsrechte nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.

§ 1005.

Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör erstreckt werden

welches mit dem Grundstücke verkauft wird. Im Zweifel ist anzunehmen, daß es sich auf dieses Zubehör erstrecken soll.

§ 1006 (952 Abs. 2 Nr. 1).

Das Vorkaufsrecht beschränkt sich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigenthümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben; es kann jedoch auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden.

§ 1007 (954, 957 Abs. 1, 4, 958).

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 439 bis 447. Das Vorkaufsrecht kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird.

Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigenthums.

§ 1008 (956).

Ist das Grundstück in das Eigenthum eines Dritten gelangt, so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im § 444 bestimmten Wirkung mittheilen.

Der Verpflichtete hat den neuen Eigenthümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist.

§ 1009 (957 Abs. 2, 5).

Ist der neue Eigenthümer der Käufer oder ein Rechtsnachfolger des Käufers, so kann er die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigenthümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird. Hat der Berechtigte die Eintragung als Eigenthümer erlangt, so kann der bisherige Eigenthümer von ihm die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern.

§ 1010.

Soweit der Berechtigte nach § 1009 dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei.

§ 1011 [50]).

Hat der Käufer oder sein Rechtsnachfolger in Folge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigenthum verloren, so wird der Käufer, soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei; den berichtigten Kaufpreis kann er nicht zurückfordern.

§ 1012.

Ein zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht von dem Eigenthum an diesem Grundstücke getrennt werden.

Ein zu Gunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden werden.

§ 1013 [51]).

Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1077 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt das Vorkaufsrecht.

Auf ein Vorkaufsrecht, das zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

---

50) In dem Entwurf des Einführungsgesetzes soll geeigneten Ortes folgende Vorschrift aufgenommen werden:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Rentenguts mit einem Wiederkaufsrechte zulassen und den Inhalt eines solchen Rechtes bestimmen.

51) Der § 955, der § 957 Abs. 3 und die §§ 959, 960 des Entw. I sind gestrichen. Zu § 960 vgl. §§ 796, 797.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1014 (1051).

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind (Reallast).

Die Reallast kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

§ 1015 (1053).

Ein Bruchtheil eines Grundstücks kann mit einer Reallast nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.

§ 1016 (1051, 1060).

Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

§ 1017 (1056).

Der Eigenthümer haftet für die während der Dauer seines Eigenthums fällig werdenden Leistungen, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, auch persönlich.

Wird das Grundstück getheilt, so haften die Eigenthümer der einzelnen Theile als Gesammtschuldner.

§ 1018 (1057).

Eine zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestehende Reallast kann nicht von dem Eigenthum an diesem Grundstücke getrennt werden.

§ 1019 (1058).

Wird das Grundstück des Berechtigten getheilt, so besteht die Reallast für die einzelnen Theile fort. Ist die Leistung theilbar, so bestimmen sich die Antheile der Eigenthümer nach dem Verhältnisse der Größe der Theile; ist sie nicht theilbar, so finden die Vorschriften des § 374 Anwendung. Die Ausübung des Rechtes ist im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird.

Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Theile verbunden sein soll. Zu der Bestimmung ist die Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamt und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften der §§ 797, 799 finden entsprechende Anwendung. Veräußert der Berechtigte einen Theil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Theile verbunden, welchen er behält.

Gereicht die Reallast nur einem der Theile zum Vortheile, so bleibt sie mit diesem Theile allein verbunden.

§ 1020 (1059).

Eine zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden werden.

Die Veräußerung und die Belastung des Rechtes ist ausgeschlossen, wenn der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist.

§ 1021[52]).

Ist der Berechtigte unbekannt, so finden auf die Ausschließung desselben mit seinem Rechte die Vorschriften des § 1013 entsprechende Anwendung.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel. Hypothek.

§ 1022 (1062).

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Hypothek).

Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

---

52) Die §§ 1052, 1055, 1061 des Entw. I sind gestrichen. Zu § 1059 vgl. § 795, zu § 1061 vgl. §§ 796, 797.

§ 1023 (1063).

Ein Bruchtheil eines Grundstücks kann mit einer Hypothek nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.

§ 1024 (1064)[53].

Bei der Eintragung der Hypothek sind der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch anzugeben; im Uebrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragsbewilligung Bezug genommen werden.

Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzungen von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden sind, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzungen.

§ 1025 (1106—1108)[54].

Ueber die Hypothek wird ein Hypothekenbrief ertheilt.

Die Ertheilung des Briefes kann ausgeschlossen werden.

---

53) Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher die einzutragenden Geldbeträge in Reichswährung anzugeben sind (vgl. § 29 des Entw. der G.=B.=O.).

54) Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung Vorschriften enthalten wird, nach denen

1. eine sich gegen das Recht des eingetragenen Gläubigers richtende Eintragung in das Grundbuch nur zulässig ist, wenn der Hypotheken=, Grundschuld= oder Rentenschuldbrief dem Grundbuchamte vorgelegt wird, und die erfolgte Eintragung auf dem Briefe zu vermerken ist (vgl. § 31 des Entw. der G.=B.=O.),
2. die nachträgliche Ausschließung der Ertheilung des Briefes nur eingetragen werden darf, wenn der Brief dem Grundbuchamte zurückgegeben oder im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt worden ist,
3. ein dem Grundbuchamte zurückgegebener Brief unbrauchbar zu machen ist (vgl. § 63 des Entw. der G.=B.=O.).

Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 794 Abs. 2 und der §§ 797, 799 finden entsprechende Anwendung.

Die Ausschließung der Ertheilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung.

§ 1026 (1110)[55].

Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigenthümer des Grundstücks übergeben wird. Auf die Uebergabe finden die Vorschriften des § 842 Satz 2 und der §§ 843 bis 845 Anwendung.

Die Uebergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermuthet, daß die Uebergabe erfolgt sei.

§ 1027 (1066).

Kraft der Hypothek haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung.

§ 1028 (1065).

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten

---

55) Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher der Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbrief dem Eigenthümer auszuhändigen ist, sofern dieser nicht die Aushändigung an den Gläubiger bewilligt hat (vgl. § 60 des Entw. der G.-B.-O.).

dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

Zu einer Aenderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich.

§ 1029 (1067 Nr. 2, 3).

Die Hypothek erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 869 bis 872 in das Eigenthum eines Anderen als des Eigenthümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks gelangt sind.

§ 1030 (1068).

Werden Erzeugnisse von dem Grundstück entfernt, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind, so erlischt ihre Haftung, es sei denn, daß die Entfernung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt. Sonstige Bestandtheile des Grundstücks und Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie vor der Beschlagnahme veräußert oder belastet und in Folge dessen von dem Grundstück entfernt werden.

Wird eine der im Abs. 1 bezeichneten Sachen vor der Entfernung veräußert oder belastet, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstücke, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist.

§ 1031 (1067 Nr. 4, 1069 Abs. 3).

Ist das Grundstück vermiethet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Mieth- oder Pachtzinsforderung.

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie von der Haftung

frei, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit zu Gunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen wird. Ist der Mieth- oder Pachtzins im Voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr.

§ 1032 (1069 Abs. 1, 2).

Wird der Mieth- oder Pachtzins eingezogen, bevor er zu Gunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme sonst über ihn verfügt, so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Besteht die Verfügung in der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor.

Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht.

Der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird.

§ 1033.

Soweit die Einziehung des Mieth- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Miether oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermiether oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen.

§ 1034 (1067 Nr. 4, 1069).

Ist mit dem Eigenthum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden, so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen. Die Vorschriften des § 1031 Abs. 2 Satz 1, des § 1032 Abs. 1, 3 und des § 1033 finden entsprechende Anwendung. Eine vor der Beschlagnahme

erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird, ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

§ 1035 (1067 Nr. 5, 1070 Abs. 1 Satz 1).

Hat der Eigenthümer oder der Eigenbesitzer des Grundstücks Gegenstände, welche der Hypothek unterliegen, unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung aus der Versicherung. Das Gleiche gilt, wenn die Versicherung von einem Nießbraucher nach § 955 Abs. 1 genommen worden ist.

Die Haftung der Forderung aus der Versicherung erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist.

§ 1036 (1070 Abs. 2).

Ist ein Gebäude versichert, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten zahlen, wenn er oder der Versicherte den die Zahlungspflicht begründenden Unfall dem Hypothekengläubiger angezeigt und dieser nicht innerhalb eines Monats nach dem Empfange der Anzeige dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprochen hat. Im Uebrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung; der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe.

§ 1037 (1070 Abs. 2, 3).

Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert, so bestimmt sich die Haftung der Forderung aus der Versicherung nach den Vorschriften des § 1031 Abs. 2 Satz 1 und des § 1032 Abs. 1, 3.

§ 1038 (1070 Abs. 1 Satz 2).

Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

§ 1039 (1067 Nr. 1)[56].

Wird ein Grundstück einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück.

§ 1040 (1071, 1078 Abs. 1).

Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesammthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Theile suchen.

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke dergestalt zu vertheilen, daß jedes Grundstück nur für den zugetheilten Betrag haftet. Auf die Vertheilung finden die Vorschriften der §§ 796, 797, 799 entsprechende Anwendung.

§ 1041 (1073).

Ist in Folge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Gläubiger dem Eigenthümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Wird die Gefährdung nicht innerhalb der Frist durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung beseitigt, so ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen; ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt.

§ 1042 (1072).

Wird von dem Eigenthümer oder einem Dritten auf das

---

56) Die Entscheidung darüber, ob und inwieweit im Falle der Verpachtung eines mit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld belasteten Grundstücks die mit dem Boden noch verbundenen Früchte zu Gunsten des Pächters von der Haftung befreit werden sollen, bleibt dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen überlassen.

Grundstück in solcher Weise eingewirkt, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen.

Geht die Einwirkung von dem Eigenthümer aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Das Gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigenthümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen sonstige Beschädigungen unterläßt.

§ 1043 (1074).

Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1041, 1042 steht es gleich, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, verschlechtert oder von dem Grundstück entfernt werden.

§ 1044 (1077).

Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigenthümer dem Gläubiger verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig.

§ 1045 (1084 Abs. 3)[57]).

Der Eigenthümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 710 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen; die dem Erben des persönlichen Schuldners auf Grund des Inventarrechts zustehende Einrede kann gegen die Hypothek nicht geltend gemacht werden.

Ist der Eigenthümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

§ 1046 (1083, 1085 Abs. 1).

Die Vorschriften der §§ 809 bis 814 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigenthümer nach § 1045 zustehenden Einreden.

---

57) Der § 1084 Abs. 1, 2 des Entw. I ist gestrichen.

§ 1047 (1085 Abs. 2, 1111).

Ist bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen worden, so genügt zur Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf stützt, daß das Darlehen nicht gegeben sei, der von dem Eigenthümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag, sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre.

§ 1048 (1116)[58].

Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs oder eine die Unrichtigkeit ergebende Thatsache aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 810 bis 812 ausgeschlossen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich.

§ 1049 (1079).

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigenthümer oder von dem Eigenthümer dem Gläubiger erklärt wird. Zu Gunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als Eigenthümer.

§ 1050 (1080, 1082).

Der Eigenthümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen,

---

58) Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher ein Widerspruch gegen die Uebertragung der Hypothekenforderung, der Grundschuld oder der Rentenschuld auf den Besitzer des Briefes sowie eine Vormerkung oder ein Veräußerungsverbot der in den §§ 101, 102 bezeichneten Art gegen den Besitzer des Briefes in das Grundbuch nur eingetragen werden darf, wenn der Brief vorgelegt wird.

wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

§ 1051 (1094 Abs. 1, 2, 4, 1095).

Ist der Eigenthümer nicht der persönliche Schuldner so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 713 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

Besteht für die Forderung eine Gesammthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des § 1080.

§ 1052 (1096 Abs. 1, 1119).

Der Eigenthümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenwesens und der sonstigen Urkunden verlangen, welche zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind.

Befriedigt der Eigenthümer den Gläubiger nur theilweise, so kann er die Aushändigung des Briefes nicht verlangen. Der Gläubiger ist verpflichtet, die theilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Theilhypothekenbriefs für den Eigenthümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen[59]).

§ 1053 (1140).

Liegen dem Eigenthümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke.

---

59) Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher zur Herstellung von Theilhypotheken-, Theilgrundschuld- oder Theilrentenschuldbriefen außer dem Grundbuchamt auch die zu Beurkundungen berufenen Gerichte und die Notare zuständig sind.

§ 1054 (1075).

Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung [60]).

§ 1055.

Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek gilt zu Gunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als Eigenthümer. Das Recht des nicht eingetragenen Eigenthümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt.

§ 1056 (1077).

Der Eigenthümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Uebertragung des Eigenthums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Ver=

---

60) 1. Dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bleibt die Entscheidung der Frage überlassen, ob der Hypotheken=, Grundschuld= oder Rentenschuldgläubiger nur das Recht haben soll, die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zu betreiben, oder ob er auch befugt sein soll, sich an die beweglichen Sachen und Forderungen, auf die sich die Hypothek, die Grundschuld oder die Rentenschuld erstreckt, im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu halten.

2. Es wird vorausgesetzt, daß das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher die Hypotheken=, Grundschuld= und Rentenschuldgläubiger im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks aus dem Erlöse nur wegen eines zweijährigen Zinsen= oder Rentenrückstandes an der Stelle des Kapitals Befriedigung verlangen können und wegen älterer Rückstände den übrigen Berechtigten im Range nachstehen (vgl. § 10 Nr. 3, 6, § 14 des Entw. des Z.=V.=G.).

3. In den Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll folgende Vorschrift als Abs. 2 des § 555, als Abs. 2 des § 628 und als Zusatz zu Nr. 5 des § 702 der Civilprozeßordnung eingestellt werden:

Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld.

äußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

§ 1057 (1081, 1082, 1119).

Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so kann jeder, der im Falle der Zwangsversteigerung Gefahr läuft, ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren, den Gläubiger befriedigen. Die Vorschriften des § 1050 Abs. 2 und der §§ 1051, 1052 finden entsprechende Anwendung[61]).

§ 1058.

Wird die Forderung getheilt, so ist zur Aenderung des Rangverhältnisses der Theilhypotheken unter einander die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich.

§ 1059 (1122)[62]).

Im Falle einer Theilung der Forderung kann, sofern nicht die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, für jeden Theil ein Theilhypothekenbrief hergestellt werden; die Zustimmung des Eigenthümers des Grundstücks ist nicht erforderlich. Der Theilhypothekenbrief tritt für den Theil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes.

§ 1060 (1086).

Mit der Uebertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

---

61) Es wird vorausgesetzt, daß das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher das im § 1057 bestimmte Recht auch gegenüber einem persönlichen Gläubiger besteht, welcher die Zwangsversteigerung betreibt.

62) Es wird vorausgesetzt, daß die im § 61 Abs. 2 und im § 67 des Entwurfes der Grundbuchordnung enthaltene Vorschrift, nach welcher die Herstellung eines Theilhypotheken- oder eines Theilgrundschuldbriefs auf dem bisherigen Briefe vermerkt werden muß, dahin geändert wird, daß ein solcher Vermerk erfolgen soll. Zugleich wird die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift für die Rentenschuld vorausgesetzt.

Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

§ 1061 (1087 Abs. 1, 1112 Abs. 1, 2)[63]).

Zur Abtretung der Forderung ist Ertheilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Uebergabe des Hypotheken-

63) 1. Der § 1087 Abs. 2 des Entw. I ist gestrichen. Der Grundbuchordnung bleibt vorbehalten, eine dem Inhalte des § 1087 Abs. 2 entsprechende Vorschrift aufzunehmen.

2. Die im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes dem § 731 der Civilprozeßordnung gegebene Fassung wird dahin geändert:

Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich. Wird die Uebergabe im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt, so gilt sie als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger weggenommen hat. Ist die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich; die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses.

Wird der Pfändungsbeschluß vor der Uebergabe des Hypothekenbriefs oder der Eintragung der Pfändung dem Drittschuldner zugestellt, so gilt die Pfändung ihm gegenüber mit der Zustellung als bewirkt.

Soweit die Forderung auf die im § 1069 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Leistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Pfändung nach den allgemeinen Vorschriften. Das Gleiche gilt bei einer Sicherungshypothek auch von der Pfändung der Hauptforderung.

3. Die §§ 1088, 1113 des Entw. I sind gestrichen. Zum Ersatze derselben soll in den Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes folgende Vorschrift als § 737a der Civilprozeßordnung eingestellt werden:

Zur Ueberweisung einer gepfändeten Forderung, für welche eine Hypothek besteht, genügt die Aushändigung des Ueberweisungsbeschlusses an den Gläubiger. Ist die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so ist zur Ueberweisung an Zahlungsstatt die Eintragung der Ueberweisung in das Grundbuch erforderlich; die Eintragung erfolgt auf Grund des Ueberweisungsbeschlusses.

Soweit die Forderung auf die im § 1069 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Leistungen gerichtet ist, bestimmt

briefs erforderlich; die Vorschriften des § 1026 finden Anwendung. Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird.

Ist die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 794, 799 entsprechende Anwendung.

§ 1062 (1114)[64].

Ergiebt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 809 bis 814 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung gleich.

§ 1063 (1089).

Die für die Uebertragung der Forderung geltenden Vor-

---

sich die Ueberweisung nach den allgemeinen Vorschriften. Das Gleiche gilt bei einer Sicherungshypothek auch von der Ueberweisung der Hauptforderung.

4. Im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes wird der dem § 754 der Civilprozeßordnung hinzugefügte Abs. 6 dahin geändert:

Auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld oder eine Rentenschuld finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung.

64) Der § 1115 des Entw. I ist in der Voraussetzung gestrichen worden, daß eine demselben entsprechende Vorschrift in die Grundbuchordnung aufgenommen wird.

schriften der §§ 349 bis 351 finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung. Der neue Gläubiger muß jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigenthümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Uebertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigenthümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war.

§ 1064.

Eine Einrede, welche dem Eigenthümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Dies gilt jedoch nur unbeschadet der Vorschriften der §§ 810, 812 bis 814.

§ 1065 (1117, 1118, 1123 Abs. 2 Satz 2).

Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1062 bezeichneten Urkunden vorzulegen.

Eine dem Eigenthümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs. 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigenthümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

§ 1066 (1120).

Ist der Eigenthümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1065 auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung.

§ 1067 (1123 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1).

Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden.

An Stelle des für kraftlos erklärten Briefes ist dem Gläubiger auf Antrag ein anderer Brief zu ertheilen.

§ 1068 (1090 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 1112 Abs. 3).

Soweit die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, finden im Falle der Uebertragung auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 349 bis 351 Anwendung. Für Zinsen und andere Nebenleistungen, die später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigenthümer von der Uebertragung Kenntniß erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, gilt dies jedoch nur unbeschadet der Vorschriften des § 810.

§ 1069 (1090 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 1112 Abs. 3, 1121).

Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen oder auf die Erstattung von Kosten gerichtet ist, bestimmt sich die Uebertragung nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften.

Die Vorschriften der §§ 810, 1065, 1066 finden auf eine Forderung der im Abs. 1 bezeichneten Art keine Anwendung.

§ 1070 (1092, 1094 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, 1097 Abs. 1).

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigenthümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirkt der Eigenthümer die Hypothek.

Eine Hypothek, für welche die Ertheilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigenthümer zu.

§ 1071.

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigenthümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann. Ist dem Schuldner nur theilweise Ersatz zu leisten,

so kann der Eigenthümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachtheile der Hypothek des Schuldners geltend machen.

Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen.

§ 1072.

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1090 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach § 1071 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können.

§ 1073.

Ist der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, von dem Eigenthümer Ersatz zu verlangen berechtigt, so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen, die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er in Folge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet. Die Benachrichtigung ist nicht erforderlich, wenn sie unthunlich ist.

§ 1074 (1096 Abs. 2, 1119).

Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs, so stehen ihm die im § 1052 bestimmten Rechte zu.

§ 1075 (1109 Abs. 2).

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigenthümer.

Zu dem Verzicht ist die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigenthümer und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Die Vorschriften des § 796 Abs. 2 und der §§ 797, 799 finden entsprechende Anwendung.

Verzichtet der Gläubiger für einen Theil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigenthümer die im § 1052 Abs. 2 bestimmten Rechte zu.

§ 1076 (1093).

Steht dem Eigenthümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

§ 1077 (1103 Abs. 1, 3, 1124 Satz 1).

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypthek beziehenden Eintragung in das Grundbuch dreißig Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigenthümer in einer nach § 174 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags.

Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erwirbt der Eigenthümer die Hypothek. Der dem Gläubiger ertheilte Hypothekenbrief wird kraftlos.

§ 1078 (1104 Abs. 1, 5 Satz 2, Abs. 6, 1124 Satz 1)[65].

Der unbekannte Gläubiger kann im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn

---

65) 1. Der § 1103 Abs. 2, der § 1104 Abs. 2—4, 5 Satz 1 und der § 1105 des Entw. I sind gestrichen. Zum Ersatze derselben sowie eines Theiles des § 1103 Abs. 1 und des § 1104 Abs. 1 sollen im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes folgende Vorschriften in die Civilprozeßordnung eingestellt werden:

§ 836x.

Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschließung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldgläubigers auf Grund der §§ 1077, 1078 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

der Eigenthümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den

---

§ 836y (1105).

Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirke das belastete Grundstück belegen ist.

§ 836z (1103 Abs. 1, 1104 Abs. 1).

Antragsberechtigt ist der Eigenthümer des belasteten Grundstücks.

§ 836aa (1103 Abs. 2 Nr. 1, 1104 Abs. 2 Nr. 1).

Der Antragsteller hat vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen, daß der Gläubiger unbekannt ist.

§ 836bb (1103 Abs. 2 Nr. 2).

Im Falle des § 1077 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat der Antragsteller vor der Einleitung des Verfahrens auch glaubhaft zu machen, daß nicht eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechtes des Gläubigers erfolgt ist.

Ist die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellt oder der Grundschuld- oder Rentenschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt, so hat der Antragsteller glaubhaft zu machen, daß die Schuldverschreibung oder der Brief bis zum Ablaufe der im § 729 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Frist nicht vorgelegt und der Anspruch nicht gerichtlich geltend gemacht worden ist. Ist die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung erfolgt, so ist die im Abs. 1 vorgeschriebene Glaubhaftmachung erforderlich

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen der Abs. 1, 2 die eidliche Versicherung des Antragstellers, unbeschadet der Befugniß des Gerichts, anderweitige Ermittelungen anzuordnen.

In dem Aufgebot ist als Rechtsnachtheil anzudrohen, daß die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte erfolgen werde.

§ 836cc (1104 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3, 4).

Im Falle des § 1078 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat der Antragsteller sich vor der Einleitung des Verfahrens zur Hinterlegung des dem Gläubiger gebührenden Betrags zu erbieten.

In dem Aufgebot ist als Rechtsnachtheil anzudrohen, daß der Gläubiger nach der Hinterlegung des ihm gebührenden Betrags seine Befriedigung statt aus dem Grundstücke nur noch aus dem hinterlegten Betrage verlangen könne und sein Recht auf diesen erlösche, wenn er sich nicht innerhalb dreißig

Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme hinterlegt hat. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurtheils sind nicht zu hinterlegen.

Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist. Der dem Gläubiger ertheilte Hypothekenbrief wird kraftlos.

Meldet sich der Gläubiger nicht innerhalb dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurtheils bei der Hinterlegungsstelle, so erlischt sein Recht auf den hinterlegten Betrag und ist der Hinterleger zur Zurücknahme berechtigt.

§ 1079.

Eine Gesammthypothek steht in den Fällen des § 1070 den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu.

Jeder Eigenthümer kann, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Theilbetrag, welcher dem Verhältnisse des Werthes seines Grundstücks zu dem Werthe der sämmtlichen Grundstücke

---

Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurtheils bei der Hinterlegungsstelle melde.

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so erweitert sich die Aufgebotsfrist um die Kündigungsfrist.

Das Ausschlußurtheil darf erst erlassen werden, wenn die Hinterlegung erfolgt ist.

§ 836 dd.

Die Vorschriften der §§ 836 y bis 836 cc finden auf das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der in den §§ 805, 1013, 1021, 1176 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Vormerkung, das Vorkaufsrecht, die Reallast und für das Pfandrecht an Schiffen bestimmten Ausschließung des Berechtigten entsprechende Anwendung.

2. Es wird vorausgesetzt, daß zum Ersatze des § 1124 Satz 2 des Entw. I, soweit derselbe den § 1123 Abs. 2 Satz 1 für entsprechend anwendbar erklärt, eine die Fälle der §§ 1077, 1078 umfassende Vorschrift in die Grundbuchordnung aufgenommen wird.

entspricht, nach § 1040 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugetheilt wird. Der Werth wird unter Abzug der Belastungen berechnet, welche der Gesammthypothek im Range vorgehen.

§ 1080 (1094 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4).

Befriedigt der Eigenthümer eines der mit einer Gesammthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigenthümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigenthümers vereinigen.

Kann der Eigenthümer, welcher den Gläubiger befriedigt, von einem der anderen Eigenthümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke des anderen Eigenthümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesammthypothek.

§ 1081.

Befriedigt im Falle einer Gesammthypothek der persönliche Schuldner den Gläubiger oder vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigenthümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigenthümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstücke auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Ist dem Schuldner nur theilweise Ersatz zu leisten und geht deßhalb die Hypothek nur zu einem Theilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigenthümer diesen Betrag auf den ihm nach § 1079 gebührenden Theil des übrigbleibenden Betrags der Gesammthypothek anrechnen zu lassen.

§ 1082.

Verzichtet der Gläubiger auf die Gesammthypothek, so fällt sie den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich

zu; die Vorschriften des § 1079 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem.

Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1077 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird.

§ 1083 (1095, 1097 Abs. 2).

Liegen die Voraussetzungen der §§ 1070, 1071, 1075, 1079 bis 1082 nur in Ansehung eines Theilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigenthümer oder einem der Eigenthümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden.

§ 1084 (1098).

Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigenthum in einer Person, ohne daß dieser auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend.

Steht dem Eigenthümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich, solange die Vereinigung besteht, seine Rechte aus der Hypothek nach den für eine Grundschuld des Eigenthümers geltenden Vorschriften.

§ 1085 (1091 Abs. 4, 1101)[66]).

Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigt. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange einem Dritten ein Recht an der auf eine solche Leistung gerichteten Forderung zusteht.

Zum Verzicht auf die Hypothek für Leistungen der im Abs. 1 bezeichneten Art genügt die Erklärung des Gläubigers

66) Die §§ 1100, 1102 des Entw. I sind gestrichen.

gegenüber dem Eigenthümer. Steht einem Dritten ein Recht an der auf eine solche Leistung gerichteten Forderung zu, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist dem Gläubiger gegenüber zu erklären; die Erklärung ist unwiderruflich.

§ 1086.

Hat sich der Eigenthümer für den Fall, daß die Hypothek sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigt, einem Anderen verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 1087.

An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden. Zu der Aenderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 794 Abs. 2 und der §§ 797, 799 finden entsprechende Anwendung.

Steht die Forderung, welche an die Stelle der bisherigen Forderung treten soll, nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu, so ist dessen Zustimmung erforderlich; die Zustimmung kann dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber erklärt werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Vorschriften des § 796 Abs. 2 und des § 797 finden entsprechende Anwendung.

§ 1088 (1078 Abs. 2, 1092).

Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt, so erlischt die Hypothek.

Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesammthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei.

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt.

§ 1089.

Soweit im Falle einer Gesammthypothek der Eigenthümer des Grundstücks, aus welchem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigenthümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur theilweise befriedigt ist, nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachtheile dieses Rechtes geltend gemacht werden.

§ 1090 (1091 Abs. 1—3).

Zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich. Die Zustimmung kann dem Gläubiger oder dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden; die Erklärung ist unwiderruflich.

§ 1091 (1109 Abs. 2)[67].

Ist die Hypothek erloschen, so kann der Eigenthümer des Grundstücks von dem Besitzer des Hypothekenbriefs verlangen, daß der Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs dem Grundbuchamte vorgelegt wird.

§ 1092 (1125, 1126).

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (Sicherungshypothek).

Die Hypothek ist im Grundbuch als Sicherungshypothek zu bezeichnen.

§ 1093 (1127, 1128).

Bei der Sicherungshypothek ist die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen.

---

67) Zu § 1109 Abs. 1 des Entw. I vgl. § 867.

Die Vorschriften der §§ 1046, 1047, 1049, des § 1061 Abs. 3 und des § 1063 finden keine Anwendung.

§ 1094.

Im Falle der Uebertragung der Forderung kann der Uebergang der Sicherungshypothek ausgeschlossen werden. Die Ausschließung hat die Wirkung eines Verzichts auf die Hypothek.

§ 1095 (1134 Satz 1, 2).

Eine Sicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek kann in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

§ 1096 (1129).

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück haften soll, bestimmt, im Uebrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist.

§ 1097.

Eine Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist.

§ 1098.

Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch; die Vorschrift des § 799 findet Anwendung.

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1077 ist nur zulässig, wenn die im § 729 bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so muß die Verjährung eingetreten sein.

§ 1099 [68]).

Bei einer Hypothek der im § 1097 bezeichneten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugniß bestellt

---

68) 1. Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung Vorschriften enthalten wird, nach welchen bei einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, sowie bei einer Grundschuld oder einer Rentenschuld, bei welcher der Grundschuld- oder Rentenschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt ist,

1. die Eintragung einer dem Erwerber der Schuldverschreibung, des Papiers oder des Briefes nachtheiligen Verfügung über die Hypothek, die Grundschuld oder die Rentenschuld sowie die Eintragung einer Berichtigung, eines Widerspruchs oder einer Vormerkung dieser Art auf Bewilligung des Gläubigers nur stattfinden darf, wenn die Schuldverschreibung, das Papier oder der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt,
2. eine derartige Eintragung durch einen Vermerk auf der Schuldverschreibung, dem Papier oder dem Briefe ersichtlich zu machen ist.

2. Die §§ 1130—1133 des Entw. I sind gestrichen. Zum Ersatze derselben sollen im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes folgende Vorschriften in die Civilprozeßordnung eingestellt werden:

§ 757.

Im Wege der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist auf Antrag des Gläubigers für die Forderung eine Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen. Die Hypothek entsteht mit der Eintragung. Das Grundstück haftet auch für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Erwirkung der Eintragung.

Sollen mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Hypothek belastet werden, so muß der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke vertheilt werden; die Größe der Theile bestimmt der Gläubiger.

Den Grundstücken stehen Berechtigungen gleich, die ein Blatt im Grundbuch erhalten können.

werden, mit Wirkung gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger, bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

Ist der Eigenthümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1100 (1135).

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine

---

§ 757 a.

Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung das zu vollstreckende Urtheil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigenthümer des Grundstücks die Hypothek.

Das Gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlungen angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt.

§ 811.

Zur Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück ist auf Antrag des Gläubigers für die Forderung eine Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen; der in Gemäßheit des § 803 festgestellte Geldbetrag ist als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für welchen das Grundstück haftet. Die Hypothek entsteht mit der Eintragung.

Der Antrag auf Eintragung der Hypothek gilt im Sinne des § 809 Abs. 2, 3 als Vollziehung des Arrestbefehls.

Auf die Vollziehung des Arestes finden die Vorschriften des § 757 Abs. 2, 3 und des § 757 a entsprechende Anwendung.

3. Es wird vorausgesetzt, daß in die Grundbuchordnung eine Vorschrift aufgenommen wird, nach welcher die auf Grund des § 757 oder des § 811 der Civilprozeßordnung erfolgte Eintragung einer Sicherungshypothek von dem Grundbuchamt auf dem vollstreckbaren Titel oder dem Arrestbefehle zu vermerken ist.

bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld).

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind.

§ 1101 (1136, 1138, 1141)[69]).

Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein Anderes ergiebt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über Hypothekenzinsen.

§ 1102 (1139 Abs. 1, 3).

Das Kapital der Grundschuld wird erst nach Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigenthümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

§ 1103 (1139 Abs. 2, 3).

Die Zahlung des Kapitals, der Zinsen und anderen Nebenleistungen hat, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an welchem das Grundbuchamt seinen Sitz hat.

§ 1104.

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung.

§ 1105 (1142).

Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden.

Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 799 findet Anwendung.

---

69) Der 1137 des Entw. I ist gestrichen.

§ 1106 (1076 Satz 2, 1099, 1143)[70].

Ist der Eigenthümer der Gläubiger, so kann er die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung nicht betreiben.

Zinsen gebühren dem Eigenthümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

§ 1107 (1144 Satz 1, 2).

Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld kann in eine Hypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

II. Rentenschuld.

§ 1108.

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld).

Bei der Bestellung der Rentenschuld ist der Betrag zu bestimmen, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme ist im Grundbuch anzugeben.

§ 1109.

Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen, auf die Ablösungssumme finden die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld.

§ 1110.

Das Recht zur Ablösung steht dem Eigenthümer zu.

Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden. Im Falle des § 1041 Satz 2 ist

---

70) Der § 1076 Satz 1 des Entw. I ist gestrichen.

der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen.

§ 1111.

Der Eigenthümer kann das Ablösungsrecht erst nach Kündigung ausüben. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist.

Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, daß der Eigenthümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann.

Hat der Eigenthümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen.

§ 1112.

Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld kann in eine Rentenschuld umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1113 (1145)[71].

Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht).

Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

§ 1114 (1147 Abs. 1, 2).

Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Die Vorschriften des § 842 Satz 2 und des § 845 finden entsprechende Anwendung.

71) Der § 1146 des Entw. I ist gestrichen.

Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigenthümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz dem Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt.

§ 1115 (1147 Abs. 3).

Die Entstehung des Pfandrechts wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die dem Pfandgläubiger übergebene Sache sich unter Mitverschluß des Eigenthümers befindet oder daß, wenn die Sache im Besitz eines Dritten ist, der mittelbare Besitz dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer gemeinschaftlich zusteht. Das Pfandrecht entsteht nicht, wenn die Sache im Besitze des Eigenthümers bleibt.

§ 1116 (1147 Abs. 2).

Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften des § 846, des § 847 Abs. 2 und der §§ 848, 850 entsprechende Anwendung.

§ 1117 (1152)[72]).

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften des § 846 Abs. 1 Satz 2, des § 848, des § 849 Abs. 3 und des § 850 finden entsprechende Anwendung.

§ 1118 (1151).

Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist.

§ 1119 (1149, 1160).

Der Verpfänder kann dem Pfandgläubiger gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach

72) Der § 1153 des Entw. I ist gestrichen.

§ 710 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen; die dem Erben des persönlichen Schuldners auf Grund des Inventarrechts zustehende Einrede kann nicht geltend gemacht werden.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

§ 1120 (1148, 1149).

Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligem Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen. Ist der persönliche Schuldner nicht Eigenthümer des Pfandes, so wird durch ein nach der Verpfändung von dem Schuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft die Haftung nicht erweitert.

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

§ 1121 (1150 Abs. 2).

Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Erzeugnisse, welche von dem Pfande getrennt werden.

§ 1122 (1154 Abs. 1, 4).

Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen.

Ist eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll.

§ 1123 (1154 Abs. 2, 3).

Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen.

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die Forderung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

§ 1124 (1156 Abs. 1).

Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet.

§ 1125 (1159).

Macht der Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung steht dem Pfandgläubiger in dem gleichen Umfange zu wie nach § 491 Abs. 2 einem Miether.

§ 1126 (1156 Abs. 2).

Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmachung des Verpfänders fort, so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt oder, wenn es sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

Statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache an einen Verwahrer kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Pfandgläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt.

§ 1127 (1157 Abs. 1 Satz 1, 3, Abs. 2 Satz 1).

Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Werthes zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Von dem drohenden Verderbe hat der Pfandgläubiger dem Verpfänder unverzüglich Anzeige zu machen, es sei denn, daß die Anzeige unthunlich ist.

§ 1128 (1157 Abs. 1 Satz 2–4, Abs. 2, 3).

Wird durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Werthes die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, so kann dieser das Pfand öffentlich versteigern lassen.

Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder angedroht worden ist; die Androhung kann unterbleiben, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist. Im Falle der Werthminderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist. Von der Versteigerung hat der Pfandgläubiger den Verpfänder unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung sind nicht erforderlich, wenn sie unthunlich sind.

Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes. Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen.

§ 1129 (1150 Abs. 1).

Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung.

§ 1130 (1156 Abs. 1, 1158 Abs. 1, 1161)[73].

Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben.

Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

§ 1131 (1163).

Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

§ 1132 (1164).

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht,

73) Der § 1158 Abs. 2 des Entw. I ist gestrichen.

soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 713 finden entsprechende Anwendung.

§ 1133.

Die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt nach Maßgabe des § 500 Satz 2.

§ 1134 (1155).

Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

§ 1135 (1165)[74].

Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf.

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Theile fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist.

---

74) In den Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll als § 692a der Civilprozeßordnung folgende Vorschrift eingestellt werden:

> Hat der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners im Besitz, an der ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht, so kann der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen nach § 685 widersprechen, soweit die Forderung durch die Sache gedeckt ist Besteht das Pfandrecht oder das Zurückbehaltungsrecht zugleich für eine andere Forderung des Gläubigers, so ist der Widerspruch nur zulässig, wenn auch diese Forderung durch die Sache gedeckt ist.

§ 1136 (1167)[75].

Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, wenn er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigenthum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

§ 1137 (1176).

Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

§ 1138.

Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitze des Pfandes, so kann er, wenn die Verkaufsberechtigung eingetreten ist, die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern. Auf Verlangen des Verpfänders hat an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen; der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen.

§ 1139 (1166).

Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen.

§ 1140 (1169).

Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1141 bis 1147 zu bewirken.

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigenthümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen.

75) Der § 1168 des Entw. I ist gestrichen.

§ 1141 (1170).

Der Pfandgläubiger hat dem Eigenthümer den Verkauf vorher anzudrohen, und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann wirksam erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie ist nicht erforderlich, wenn sie unthunlich ist.

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung unthunlich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet.

§ 1142 (1171 Abs. 1).

Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken.

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann es auch aus freier Hand durch einen Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise verkauft werden.

§ 1143 (1172 Abs. 1).

Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an welchem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

§ 1144 (1171 Abs. 2, 1172 Abs. 2).

Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen. Der Eigenthümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; die Benachrichtigung ist nicht erforderlich, wenn sie unthunlich ist.

§ 1145 (1173 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3).

Der Pfandgläubiger und der Eigenthümer können bei der Versteigerung mitbieten.

Das Gebot des Eigenthümers kann zurückgewiesen werden,

wenn der Betrag nicht baar erlegt wird. Das Gleiche gilt, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet, von dem Gebote des Schuldners.

§ 1146 (1173 Abs. 1 Satz 2, 1175).

Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort baar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht.

Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen. Das Gleiche gilt, wenn der Verkauf ohne die im Abs. 1 vorgeschriebene Bestimmung erfolgt oder von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins Gebrauch gemacht wird; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt.

§ 1147 (1174).

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwerth erreichenden Preise erfolgen.

§ 1148 (1179).

Der Pfandgläubiger hat den Eigenthümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebniß unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist.

§ 1149 (1180 Abs. 1, 2)[76]).

Durch die regelmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigenthümer erworben hätte. Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag ertheilt wird.

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das Gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

---

76) Der § 1180 Abs. 3 des Entw. I ist gestrichen.

§ 1150 (1181 Abs. 1, 2)[77].

Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des § 1135 Abs. 2, des § 1137 Satz 2, des § 1142, des § 1144 Satz 1 oder des § 1147 verstoßen wird.

Verletzt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

§ 1151 (1182).

Ist eine Sache als Pfand veräußert worden, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zustand oder die Veräußerung des Pfandes eine rechtmäßige war, so finden die Vorschriften der §§ 846, 849, 850 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1140 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1142 oder des § 1147 Abs. 2 beobachtet worden sind.

§ 1152 (1177).

Der Eigenthümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1141 bis 1147 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren. Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich.

Auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1142, des § 1144 Satz 1 und des § 1147 kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nicht verzichtet werden.

§ 1153 (1178).

Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1142 bis 1147 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Betheiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt.

Kommt eine Einigung nicht zu Stande, so entscheidet das Gericht[78]).

---

77) Der § 1181 Abs. 3 des Entw. I ist gestrichen.

78) Es wird vorausgesetzt, daß in dem für erforderlich erachteten

§ 1154 (1183).

Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigenthümer berichtigt. Im Uebrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes.

§ 1155 (1195 Abs. 2)[79]).

Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als Eigenthümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer ist.

§ 1156 (1161—1164).

Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Die Vorschriften der §§ 1131, 1132 finden entsprechende Anwendung.

§ 1157 (1186, 1190).

Mit der Uebertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

Wird bei der Uebertragung der Forderung der Uebergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht.

§ 1158 (1187 Abs. 1, 2)[80]).

Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen.

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit und das Verfahren geregelt werden.

79) Der § 1195 Abs. 1 des Entw. I ist gestrichen.

80) 1. Der § 1187 Abs. 3 des Entw. I ist gestrichen.

2. Der § 1188 des Entw. I ist gestrichen. Zum Ersatze desselben soll in den Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes folgende Vorschrift als § 737b der Civilprozeßordnung eingestellt werden:

Wird eine durch ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache gesicherte Forderung überwiesen, so kann der Schuldner die Herausgabe des Pfandes an den Gläubiger verweigern, bis ihm Sicherheit für die Haftung geleistet ist, die für ihn

Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein. Erfüllt er die Verpflichtungen nicht, so haftet für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergegangen oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten worden ist.

§ 1159 (1192 Abs. 1).

Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für welche es besteht.

§ 1160 (1191).

Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigenthümer zurückgiebt. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.

Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigenthümers, so wird vermuthet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei. Diese Vermuthung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigenthümer erlangt hat.

§ 1161 (1192 Abs. 2)[81].

Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung desselben dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen. Das gleiche Recht hat der Eigenthümer.

§ 1162 (1189).

Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigenthümer, daß er das Pfandrecht aufgebe.

---

aus einer Verletzung der dem Gläubiger dem Verpfänder gegenüber obliegenden Verpflichtungen entstehen kann.

81) Der § 1192 Abs. 3 des Entw. I ist gestrichen.

Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist dem Pfandgläubiger gegenüber zu erklären; die Erklärung ist unwiderruflich.

§ 1163 (1193)[82].

Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat.

§ 1164.

Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung.

§ 1165 (1184)[83].

Besteht ein Pfandrecht an dem Antheil eines Miteigenthümers, so übt der Pfandgläubiger die sich aus der Gemeinschaft der Miteigenthümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art der Benutzung ergebenden Rechte aus.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers nur von dem Miteigenthümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miteigenthümers bedarf; er ist nicht an eine Vereinbarung gebunden, durch welche die Miteigenthümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Pfand-

82) Der § 1194 des Entw. I ist gestrichen.
83) Der § 1185 des Entw. I ist gestrichen.

gläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Antheils treten.

Das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Antheils bleibt unberührt.

§ 1166 (1197).

Für das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1167 bis 1178.

§ 1167 (1196, 1198 Abs. 3)[84].

Zur Bestellung des Pfandrechts ist die Einigung des Eigenthümers des Schiffes und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister erforderlich. Die Vorschriften des § 794 Abs. 2 und des § 799 finden entsprechende Anwendung.

Die Eintragung muß die Bezeichnung des Gläubigers, des Geldbetrags der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, des Zinssatzes enthalten.

§ 1168.

Das Rangverhältniß der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 800 bis 802 und des § 1058.

§ 1169 (1201).

Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist.

Ist das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so gelten im Falle der Veräußerung des Schiffes die Vorschriften des § 849 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 auch dann, wenn der Erwerber das Eigenthum ohne Uebergabe erlangt; die Vorschrift des § 849 Abs. 3 findet keine Anwendung. Wird ein Pfandrecht, welches

84) 1. Der § 1198 Abs. 1, 2 und die §§ 1200, 1202 des Entw. I sind in der Voraussetzung gestrichen worden, daß das für erforderlich erachtete Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Verfahren vor der Registerbehörde regeln wird.

2. der § 1199 des Entw. I ist gestrichen.

dem mit Unrecht gelöschten Pfandrecht im Range nachsteht, auf einen Dritten übertragen, so findet die Vorschrift des § 1117 Anwendung.

§ 1170 (1203).

Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften des § 813 verlangt werden.

Ist ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach § 814 Abs. 2 eingetragen werden. Solange der Widerspruch eingetragen ist, gilt im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes dem Erwerber gegenüber das Gleiche, wie wenn das Pfandrecht eingetragen wäre.

§ 1171.

Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach Maßgabe des eingetragenen Zinssatzes. Die Haftung für gesetzliche Zinsen und für Kosten bestimmt sich nach der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1027.

Ist die Forderuug unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann das Pfandrecht ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Schiff für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

§ 1172.

Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Schiffes gelangt sind.

Auf die Haftung der Zubehörstücke finden die für die Hypothek geltenden Vorschriften des § 1030 entsprechende Anwendung.

§ 1173 (1197).

Die Vorschriften der §§ 1114 bis 1164 finden insoweit

keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger den Besitz des Schiffes nicht erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des § 1161 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu verlangen.

§ 1174.

Der Verpfänder kann gegen Befriedigung des Pfandgläubigers die Aushändigung der zur Löschung des Pfandrechts erforderlichen Urkunden verlangen. Das gleiche Recht steht dem persönlichen Schuldner zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat.

§ 1175 (1204)[85].

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehöre nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen.

§ 1176.

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Pfandrecht ausgeschlossen werden, wenn die im § 1077 oder die im § 1078 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt das Pfandrecht.

§ 1177.

Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu welchem das Schiff haften soll, bestimmt, im Uebrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Schiffsregister eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

---

85) Es wird vorausgesetzt, daß die in der Anmerkung zu § 1054 unter 2 dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorbehaltene Vorschrift auf das Schiffspfandrecht erstreckt wird.

§ 1178.

Auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, finden die Vorschriften des § 1099, auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber finden auch die Vorschriften des § 1098 entsprechende Anwendung.

§ 1179 (1205).

Die Vorschriften der §§ 1167 bis 1178 gelten auch für das Pfandrecht an einer Schiffspart.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten[86]).

§ 1180 (1206, 1209, 1214 Abs. 1)[87]).

Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein.

Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1181 bis 1202 ein Anderes ergiebt. Die Anwendung der Vorschriften des § 1117 und des § 1122 Abs. 2 ist ausgeschlossen.

§ 1181 (1207, 1208 Satz 1, 1210)[88]).

Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt

---

86) Die Vorschriften über die dingliche Sicherung der Inhaber von Pfandbriefen und ähnlichen von dem Schuldner auf Grund erworbener Forderungen ausgestellten Werthpapieren bleiben der Regelung durch ein besonderes Reichsgesetz vorbehalten.

87) Der § 1214 Abs. 2, 3 des Entw. I ist gestrichen.

88) 1. Der § 1208 Satz 2 des Entw. I ist gestrichen.

2. Es wird vorausgesetzt, daß die Grundbuchordnung eine Vorschrift enthalten wird, nach welcher die Uebertragung einer Forderung, für die ein im Grundbuch eingetragenes Recht als Pfand haftet, in das Grundbuch eingetragen werden kann, wenngleich die Eintragung zur Uebertragung nicht erforderlich ist (vgl. § 36 des Entw. der G.-B.-O.).

3. Der Artikel 57 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll dahin verdeutlicht werden, daß die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche die Uebertragung oder Belastung einer in das Staatsschuldbuch eingetragenen Forderung regeln.

nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Ist zur Uebertragung des Rechtes die Uebergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1114, 1115 Anwendung.

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden.

§ 1182 (1208, Satz 1).

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung des Rechtes für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten.

§ 1183 (1213).

Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist, soweit nicht die Vorschrift des § 797 Satz 3 Anwendung findet, dem Berechtigten gegenüber zu erklären; die Erklärung ist unwiderruflich.

Das Gleiche gilt im Falle einer Aenderung des Rechtes, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt.

§ 1184 (1215).

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 1136 und des § 1152 Abs. 2 bleiben unberührt.

§ 1185 (1216).

Ist ein Recht, zu dessen Verpfändung die Uebergabe einer Sache erforderlich ist, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Erlöschen des Pfandrechts durch die Rückgabe der Sache die Vorschriften des § 1160 entsprechende Anwendung.

§ 1186.

Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1187 bis 1197.

§ 1187 (1211)[89].

Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner angezeigt hat.

§ 1188 (1217 Abs. 4, Abs. 5 Satz 2).

Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird; jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

§ 1189 (1218 Abs. 1, 2).

Sind die Voraussetzungen des § 1135 Abs. 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten. Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Soweit er zur zur Einziehung berechtigt ist, kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungsstatt abgetreten wird.

Zu sonstigen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt; das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1184 zu suchen, bleibt unberührt.

§ 1190 (1217 Abs. 1, 3, 1218 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5).

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so bedarf der Gläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen.

Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird.

Sind die Voraussetzungen des § 1135 Abs. 2 eingetreten, so ist auch der Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt; für

89) Der § 1212 des Entw. I ist gestrichen.

die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

§ 1191.

Die Vorschriften der §§ 1188 bis 1190 finden keine Anwendung, soweit der Pfandgläubiger und der Gläubiger ein Anderes vereinbart haben.

§ 1192 (1217 Abs. 5 Satz 1, 1218 Abs. 4, 1226 Abs. 3 Satz 1).

Hat die Leistung an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen, so sind beide einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken, wenn die Forderung fällig ist.

Soweit der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, hat er für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist.

§ 1193 (1217 Abs. 2).

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so kann der Pfandgläubiger, sofern ihm das Kündigungsrecht nicht zusteht, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung zur Kündigung verlangen, sofern die Zustimmung erforderlich ist.

§ 1194 (1219 Abs. 1, 2, 1226 Abs. 3 Satz 2)[90].

Mit der in Gemäßheit der §§ 1188, 1189 erfolgten

---

90) Im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes soll der dem § 747 der Civilprozeßordnung eingefügte Abs. 2 folgende Fassung erhalten:

Ist der Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet, so hat die Auflassung an den Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Mit dem Uebergange des Eigenthums auf den Schuldner erlangt der Gläubiger eine Sicherungshypothek für seine Forderung. Der Sequester hat die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewilligen.

Leistung des Schuldners erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an demselben. Besteht die Leistung in der Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek.

§ 1195 (1219 Abs. 3, 1221).

Ist eine Geldforderung in Gemäßheit des § 1188 eingezogen worden, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers thunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeldern geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger.

Ist die Einziehung in Gemäßheit des § 1189 erfolgt, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt.

§ 1196 (1222)[91].

Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auch auf die Zinsen derselben. Die Vorschriften des § 1031 Abs. 2 und der §§ 1032, 1033 finden entsprechende Anwendung; an die Stelle der Beschlagnahme tritt die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache.

§ 1197 (1218 Abs. 3).

Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht.

§ 1198 (1224).

Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld.

---

91) Die §§ 1220, 1223 des Entw. I sind gestrichen.

§ 1199 (1225).

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossirten Papiers.

§ 1200 (1226 Abs. 1, 2).

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1201 (1226 Abs. 3).

Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1135 Abs. 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Kündigung und zur Einziehung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten.

§ 1202.

Das Pfandrecht an einem Werthpapier erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Der Verpfänder kann, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1135 Abs. 2 fällig geworden sind.

Aenderungen und Berichtigungen zu Buch I und II.

(Archiv Band 79, S. 125 ff., 430 ff.; Band 80, S. 428 ff.)

1. § 113 Abs. 2:

Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.

§ 147 fällt weg.

2. § 188 Abs. 1:

Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen.

3. § 196 letzter Unterabsatz des Abs 1:

durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.

4. Der Satz 2 des § 198 Abs. 2 fällt weg, vgl. § 1202.

5. § 202:

Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter welchen Mündelgelder in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden dürfen.

Eine Forderung, für die eine Sicherungshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet.

6. § 257 Satz 2:

Das Aufgeben ist erst nach vorgängiger Androhung zulässig, es sei denn, daß diese unthunlich ist.

7. § 323 Abs. 2:

Der Schuldner hat den Gläubiger von der Hinterlegung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Benachrichtigung ist nicht erforderlich, wenn sie unthunlich ist.

8. § 330 Abs. 1 und 2:

Hat der Schuldner . . . . verbunden ist, die Sache am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös für den Gläubiger hinterlegen. Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten sonstigen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung).

Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung kann unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist. Von der Versteigerung hat der Schuldner den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Androhung und die Benachrichtigung sind nicht erforderlich, wenn sie unthunlich sind.

9. § 345 Abs. 1:

Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, welche für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.

10. Zu der Anm. zu § 359 vgl. den § 1071.

11. § 361 Abs. 1:

Durch die Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf sie verzichtet. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

12. § 381 Abs. 2:

Eine Hypothek, eine Grundschuld, eine Rentenschuld oder ein Pfandrecht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Belastung gekannt hat. Das Gleiche gilt von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte.

13. § 398a:

Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft worden ist.

14. § 530: „in seinen Besitz gelangten".

15. § 583 Abs. 1: „sofern sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind".

Zu § 583 vgl. die §§ 803 bis 806.

16. § 707 Abs. 2:

Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet.

17. § 708 Abs. 1 Satz 3:

Durch ein nach der Uebernahme der Bürgschaft von dem Hauptschuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

18. § 715:

Giebt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so . . .

19. § 723 Abs. 1:

Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen oder verloren gegangen oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

20. Zu § 759 Abs. 3 vgl. § 790 Abs. 1 und die §§ 791—793.

21. § 998 Anm:

Die §§ 1039, 1042 des Entw. I sind gestrichen.

VIII.

Die Zahlung fremder Schulden.

Von

Herrn Dr. **Paul Oertmann**,
Privatdozenten und Gerichtsassessor in Berlin.

Einleitung.

Die Lehre von der Zahlung fremder Schulden ist bisher in der modernen Litteratur ex professo unseres Wissens noch nicht erörtert worden. Der Grund scheint darin zu liegen, daß man in ihrer Behandlung kein würdiges Objekt selbständiger wissenschaftlicher Bearbeitung sieht. Alles erscheint bei dieser Frage so zweifellos und klar, daß ein neuester Schriftsteller, Crome[1]), darüber einfach bemerkt, die Zulässigkeit der Zahlung durch einen Dritten sei so selbstverständlich, daß sie eigentlich gar nicht erwähnt zu werden brauchte! Und Zimmermann[2]) meint, es herrsche darüber, „daß Jedermann nach der Rechtsordnung Vollmacht habe, fremde Schulden giltig zu erfüllen", so allgemeine Uebereinstimmung, daß eine nähere Erörterung nicht geboten sei. Wie unrichtig das ist, wie viel unsere Materie neben ihrer praktischen Bedeutsamkeit auch des theoretischen Interesses, der zweifelhaften Punkte bietet, das wird, wie wir ver-

---

1) C. Crome, die Grundlehren des französischen Obligationenrechts, 1894, S. 311 N. 14.

2) E. Zimmermann, Stellvertretende Negotiorum Gestio, 1876, S. 301.

meinen, unsere Darstellung ergeben. Jedenfalls ist Verfasser durch jene Indolenz in die unangenehme Lage versetzt, all' die zahllosen mehr oder weniger fragmentarischen Bemerkungen, die sich in Lehrbüchern und allen möglichen anderen Schriften zerstreut vorfinden, mühevoll zusammenzusuchen; wobei es freilich nicht auf erschöpfende Vollständigkeit ankommen kann.

Kap. I. Abgrenzung des Gebietes.

§ 1. Zahlung durch Gehilfen.

Es liegt nahe, unter „Zahlung fremder Schulden" alle die Fälle zu begreifen, in denen der körperliche Akt der Zahlung von einem andern als dem wahren Schuldner vorgenommen wird. Indeß scheiden bei näherer Betrachtung zunächst diejenigen aus, wobei die Thätigkeit des Dritten nur die eines Werkzeuges oder Gehilfen (nuntius) ist. Niemand wird den Boten des Verlegers, der mir in verschlossenem Kouvert mein Schriftstellerhonorar in die Wohnung bringt, oder den Briefboten, der mir einen Geldbrief übermittelt, als Zahler einer fremden Schuld auffassen. Die Mitwirkung solcher Personen ist nur eine faktische, keine juristische[3]) — „ministerium tantummodo praestant", wie es in l. 15 D. XIII, 5 heißt.

3) cf. die grundlegenden Ausführungen von Jhering, Jahrbücher I, S. 273 fg.; II, S. 70. Danach können geeignetenfalls auch ein abgerichteter Hund (indem er etwa im Körbchen die Semmel vom Bäcker holt), ja ein abgerichteter Papagei zum Zustandekommen des faktischen Thatbestandes eines Geschäftes in ähnlicher Weise mitwirken. — Ob zwischen dem „eigentlichen Gehilfen" und dem „natürlichen Stellvertreter" wirklich keinerlei Unterschied besteht, wie Jhering will, oder ob man sie mit Hasenöhrl (Oesterr. Obl.-R., Aufl. I, Bd. II, S. 401) zu trennen hat, soll hier nicht erörtert werden, ist auch für unsere Zwecke gleichgiltig. Jedenfalls nehmen auch die „natürlichen Vertreter" den Solutionsakt im Rechtssinne nicht allein vor, sondern wirken nur dazu mit.

Mit Recht sagt Schollmeyer[4]): „Juristische Bedeutung erlangt die Zahlung durch den Dritten erst, wenn sie zur Zahlung im Rechtssinne wird, wenn also der Dritte das Rechtsgeschäft der Zahlung (solutio) als Kontrahent, aber in fremdem Namen, vornimmt."

Aehnlich lauten die Ausführungen in Seuffert's Archiv XXIV, 96.

Eher dürfte man die Fälle hierher rechnen, die eine Mitwirkung des Dritten nicht als Gehilfen, sondern als wahren Stellvertreters aufweisen — wann das eine und wann das andere vorliegt, braucht hier wohl nicht erörtert zu werden. So wenn ich meinem Freunde Geld gebe, um für mich, den Erkrankten, eine Buchhändlerrechnung zu bezahlen; wenn die Post auf meine Anweisung hin einem Dritten einen Geldbetrag auszahlt.

§ 2. Zahlung durch Stellvertreter.

Aber auch in solchen Fällen sträubt sich das unbefangene Rechtsgefühl gegen die Annahme einer wahren Zahlung fremder Schuld. Zwar der Zahlende tritt hier selbstständig auf; — der ganze Solutionsakt geht von ihm aus, er ist nicht mehr der bloße Arm, dessen sich Schuldner zur Uebermittlung des zu zahlenden Betrages bedient. Aber andererseits handelt er im Namen des letzteren und kommt unmittelbar den ihm gegebenen Direktiven nach. Sein Handeln erzeugt unmittelbare Wirkungen für und gegen den dominus negotii, und so ist es denn letztlich dieser, nicht der Zahlende, der im Rechtssinne den Solutionsakt vorgenommen hat.

Wer mit uns diese Grundauffassung theilt, daß durch den direkten Stellvertreter rechtlich der dominus selbst handelt, der muß es auch billigen, wenn wir derartige Fälle von

4) Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, 1877, S. 9; cf. auch Endemann, Handelsrecht, Aufl. 4, § 152, S. 555 fg.

der Zahlung fremder Schulden ausnehmen. Aber daneben sind auch Bekenner gegentheiliger Anschauungen in diesem Punkte mit uns einig.

In der Litteratur ist nämlich eine solche Abgrenzung vielfach anerkannt worden. Hierher gehört Donellus[5]), indem er die Zulässigkeit einer Zahlung durch den Mandatar oder Negotiorum gestor daraus ableitet, cum debitor, qui per alium solvit, videatur per se ipse solvere, und davon die Fälle sondert, wo Dritte für den Schuldner zahlen. Ferner Göschen[6]), Sintenis[7]), Wächter[8]), Gruchot[9]) und Hasenöhrl[10]) — letzterer will zwischen den Fällen der Stellvertretung und des Zahlens eines Dritten im eigenen Namen auch praktisch Unterschiede statuiren. Endemann[11]) endlich unterscheidet sehr gut zwischen direkter und indirekter Zahlung. Es ist zu sondern diejenige solutio, bei der die Vermittelung mechanisch durch einen Dritten vorgenommen wird, von der Zahlung durch selbständig thätige Stellvertreter; und endlich können außer den letzteren noch andere Personen zahlen, eine Klasse, deren Auftreten allein zu besonderen Vermittelungsgeschäften Anlaß giebt.

Es ist bekannt, daß die Römer bereits bei der Zahlung eine solche direkte Stellvertretung, die quoad liberationem der Zahlung durch den Schuldner selbst völlig gleichkommt, zugelassen haben. Das besagen drei Stellen:

a) l. 56 D. XLVI, 3:

„qui mandat solvi, ipse videtur solvere."

b) l. 64 eod.

„cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis credi-

---

5) Comm. lib. XVI, cap. 10, § 4.
6) Vorlesungen II, S. 221.
7) Prakt. gem. Civilrecht II, § 103, N. 37.
8) Pandekten II, § 181, II.
9) Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871, S. 18.
10) Oesterr. Obl.-R. a. a. O.
11) Handelsrecht a. a. O.

tori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.“

c) Aehnlich auch l. 87 eod.

Ist doch überhaupt der Grundsatz der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung von den Römern anscheinend bei den Uebereignungsgeschäften, scil. soweit sie überhaupt ihrem Charakter nach Vertretung zuließen, nie statuirt werden; überall sehen wir in den Quellen Mandatare, Trödler, Pfandgläubiger zur eigenthumsübertragenden Tradition mit Wirkung gegen den dominus legitimirt. Hier griff aber der Grundsatz „per liberam personam acquiri non potest“ nicht, wie bei Erwerbsakten, hindernd ein.

Etwas besonderes hat die Zahlung durch direkte Stellvertreter, soweit sie Zahlung ist, d. h. dem Gläubiger gegenüber, nicht. Wenn wir also nach Endemann's und Cohn's[12]) Vorgang zwischen direkter und indirekter Zahlung sondern, so werden wir diese Fälle wohl richtiger zur direkten Zahlung rechnen müssen.

Aber nicht alle Fälle, in denen der Solutionsakt von einem Nichtschuldner vorgenommen wird, sind unter der Kategorie der direkten Stellvertretung zu begreifen. Jhering[13]) freilich will sie anscheinend ausnahmslos dahin rechnen. Der Dritte, der für den Schuldner zahlt, so führt er aus, nimmt ein negotium alienum vor, das ihn selbst gar nichts angeht, zu dem weder der Gläubiger ihn zwingen kann, noch das für ihn Wirkungen äußert, und zwar lediglich in der Absicht der Liberation des Schuldners. J. weiß nicht, was ihm zum Stellvertreter fehlen solle. Die Befreiung des Schuldners stützt sich nicht auf das bloße Erhaltenhaben des Gläubigers, da andernfalls jener auch dann frei werden müßte, wenn der Zahlende im Glauben an eine eigene Schuld geleistet habe, was nach den Quellen nach J. nicht der Fall ist.

12) Endemann's Handbuch III, S. 999.
13) a. a. O. II, S. 94.

„Nicht also der Erfolg der Zahlung für den Gläubiger, daß sie nämlich ihm das verschafft hat, was er haben soll, liberirt den Schuldner, nicht also eine sozusagen subjektiv beziehungslose Zahlung, sondern der Umstand, daß dieser Erfolg von ihm selbst hervorgebracht wird, daß nicht ein beliebiger Dritter, sondern daß, wenn auch durch dessen Vermittlung, immer der Schuldner es ist, der zahlt."

Wäre diese Ausführung zu billigen, dann bildete die Zahlung fremder Schulden keinen besonderen Geschäftstypus mehr — sie wäre nur noch ein Fall der direkten Stellvertretung, und wir könnten uns unsere Abhandlung ersparen. Ganz folgerecht von seinem Standpunkt aus fährt unser hochverehrter Gegner fort:

„Die Fassung der Regel: alium pro alio solvere posse entspricht mithin nur dem natürlichen, nicht aber dem juristischen Sachverhältniß; mit Rücksicht auf letzteres müßte sie lauten: debitorem per alium solvere posse."

Aber nichts scheint uns sicherer, als das Gegentheil. Von Jhering's beiden Beweisgründen, einmal, der Schuldner werde nicht frei, wenn der Dritte als vermeintlicher Selbstschuldner gezahlt habe, und zum andern, bei Zahlung einer Nichtschuld habe nicht der Dritte, sondern der angebliche Schuldner die condictio indebiti, läßt sich der eine mit mehr Recht für die gegentheilige Meinung verwerthen, während der andere, wie uns unten im § 15 zu beweisen obliegt, einfach unrichtig ist.

Aber das nicht allein — Jhering's Auffassung würde in vielen Fällen zu sehr gezwungenen Resultaten führen. Ein reicher Onkel bezahlt die Wucherschulden seines Habenichts von Neffen, ein Verehrer die Toilettenschulden einer Schauspielerin. Nichts liegt ihnen ferner, denn als bloße Vertreter der begünstigten Personen aufzutreten. Sie wollen sie vielmehr selbsthandelnd und offensichtlich aus

eigenen Mitteln begünstigen. Noch krasser sind vielleicht einige pfandrechtliche Fälle — der nachstehende Gläubiger übt das ius offerendi aus, der Besitzer der Pfandsache findet den auf deren Herausgabe klagenden Pfandberechtigten ab. Daß hier eine Zahlung fremder Schulden vorliegt, würde auch Jhering nicht leugnen können. Aber der Offerent denkt doch schwerlich daran, als Stellvertreter des Schuldners zu handeln, ja, es kann ihm die Legitimation dazu fehlen, da der Schuldner doch sehr oft von der Oblation nicht das Mindeste wissen wird [14]). Im zweiten Fall vollends wird dem Zahlenden die Person des Schuldners meistentheils ganz unbekannt sein. Ueberall fehlt es für die Annahme einer Stellvertretung an jeglichem Rechtsgrund. Wäre das Gegentheil der Fall, so hätte der widrigste Mensch die Kompetenz, sich durch Zahlung meiner Schuld zu meinem Vertreter aufzuwerfen, obwohl ich gegen jede Geschäftsverbindung mit ihm den denkbar schärfsten Protest einlegen möchte.

Wie wenig man mit der Jhering'schen Konstruktion zum Ziele kommt, darüber mag den Leser ein vom Reichsoberhandelsgericht (Bd. V Nr. 15, S. 69) entschiedener sehr instruktiver Fall belehren: Eine Ehefrau war Wechselschuldnerin als Acceptantin einer von ihrem Manne ausgestellten Tratte. Letzterer vereinbarte mit dem Gläubiger, daß gewisse ihm gegenüber diesem zustehende Gegenforderungen mit dem Wechselschuldbetrage als kompensirt gelten sollten. Der Gläubiger klagte jetzt gegen die Acceptantin, ward aber in zweiter und dritter Instanz abgewiesen, da der Vertrag

14) Man drehe den Thatbestand in dem bekannten Jhering'schen Civilrechtsfall Nr. 73 (Aufl. V) nur ein wenig um: der unbekannte Verehrer der A. giebt nicht dem Kaufmann die 25 Thlr., damit dieser der Schönen den Shawl für 20 Thlr. lasse, sondern bezahlt den bereits gekauften Shawl unter Verbot der Nennung seines Namens. Soll er Stellvertreter der A. sein, obwohl dieselbe nicht einmal seinen Namen kennt?

das Forderungsrecht des Gläubigers beseitige, auch Beklagte aus diesem der Zahlung gleichwirkenden Kompensationsvertrage Rechte herleiten könne.

Wie in aller Welt soll hier der Mann, der gar nicht gezahlt, sondern den Schuldbetrag mit seiner eigenen Gegenforderung an den Gläubiger zur Aufrechnung gebracht hat, als Stellvertreter seiner Frau angesehen werden?

Daß der Zahlende keineswegs immer Vertreter sein müsse, ist vom R.-O.-H.-G. an anderer Stelle (VIII, 94, S. 390) offen ausgesprochen. Zahlt der Trassat des Wechsels mit der Maßgabe, daß der Acceptant frei werden solle, so ist die Zahlung zugleich für den Acceptanten erfolgt, und es ist weder erforderlich, daß der Zahlende sich als Stellvertreter des letzteren gerirt hat oder dessen Bevollmächtigter gewesen ist, noch daß der Acceptant dem Vertrage beigetreten ist. Denn nach Gemeinem wie Preußischem Recht wird der Schuldner durch fremde Zahlung auch ohne eigenes Wissen und Willen befreit.

Mit mehr Recht wird man mit Mitteis[15]) sagen dürfen, daß die Zahlung fremder Schulden eher ein Vertrag zu Gunsten Dritter, als eigentliche Stellvertretung sei.

Wir sehen also, man kann fremde Schulden zahlen bald als direkter Stellvertreter, bald qua sua persona. Aber wo liegt die Grenze? Die Antwort scheint nahe zu liegen: wo im fremden Namen gehandelt wird, liegt direkte Stellvertretung vor, andernfalls nicht. Freilich wird der Name des Schuldners bei jeder Zahlung fremder Schulden genannt werden, abgesehen nur von den Fällen, wenn der Dritte sich selbst irrthümlich für den Schuldner hält; und zwar einfach deßhalb, weil die Zahlung erst durch die Angabe des Schuldgrundes und des Schuldners ihre individuelle Färbung erhält, während sie als beziehungslose, abgelöst

15) Stellvertretung S. 67.

von einer bestimmten Schuld, fast undenkbar erscheint, jedenfalls aber die Schuld eines unbetheiligten Dritten nicht aufheben kann. Aber es ist doch immer ein großer Unterschied, ob gezahlt wird im eigenen Namen und nur mit Beziehung auf eine fremde Person und fremde Schuld, oder im Namen eines anderen, ob contemplatione oder nomine alterius. Wäre dem nicht so, so gäbe es keinen Unterschied zwischen den Verträgen als Vertreter und zu Gunsten eines Dritten. Daß der Unterschied zwischen beiden Modi bei der Zahlung fremder Schulden sich oft verwischen, die wahre Bedeutung sich bisweilen schwer feststellen lassen wird, thut dem principiellen Unterschied keinen Abbruch.

Freilich nicht jede äußerlich im Namen des Schuldners gethätigte Zahlung hat diese Bedeutung. Um als Stellvertreter mit direkter Wirkung für den dominus handeln zu können, muß man sich nicht nur als Vertreter geriren, sondern auch wirklich als solcher, sei es durch Amt, durch Auftrag oder mindestens nachfolgende Genehmigung bevollmächtigt sein; der auftragslos nomine alieno Handelnde ist ebensowenig direkter Vertreter wie der suo nomine zahlende Mandatar.

Dagegen kommt es nicht darauf an, mit wessen Mitteln gezahlt ist. Zwar wer befugter Weise alieno nomine zahlt, der wird die Mittel zur Zahlung in sehr vielen Fällen bereits vom Schuldner her in Händen haben, so namentlich bei Checks und dergleichen. Aber nöthig ist das nicht, vielfach wird der Mandatar auch ohne Deckung zahlen und seinen Ersatz erst im Regreßwege suchen. Darum wird es auch in der l. 6 § 3 D. de cond. ind. XII, 6 für gleichgiltig erklärt, ob der Vertreter mit eigenem oder fremdem Geld die Zahlung geleistet hat.

Dem Endeffekt nach belastet in diesen Fällen freilich die Zahlung stets das Vermögen des Schuldners, der dem als Vertreter Zahlenden regreßpflichtig wird. Dem wird

auch vielfach, nur hier keineswegs ausnahmslos, beim Zahlen der fremden Schuld proprio nomine so sein. So wenn ein Mandatar als indirekter Stellvertreter auftrat — anders dagegen, wenn der Zahlende donandi animo die Schuld tilgte.

Zur Bestätigung des Gesagten sei noch auf die l. 17 D. h. t. XLVI, 3 verwiesen.

„Cassius ait, si cui pecuniam dedi, ut eam creditori meo solveret, si suo nomine dederit, neutrum liberari, me, quia non meo nomine data sit, illum, quia alienum dederit: ceterum mandati eum teneri. sed si creditor eos nummos sine dolo malo consumpsisset, is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur, ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur."

Es kommt also nicht darauf an, aus wessen Tasche das Geld gekommen ist, sondern wie der Zahlende auftritt. Bezahlt er die Schuld gar nicht als die fremde, sondern giebt das Geld auf ein eigenes debitum — das besagt hier das suo nomine solvere, wie unten § 12 dargethan werden soll — so tritt eine Befreiung des Auftraggebers nicht ein. Andererseits kommt der Fall vor, daß der wahre Schuldner, aber mit den Mitteln und im Auftrage eines Dritten, seine Schuld zahlt. Hier liegt in Wahrheit eine Zahlung fremder Schulden, wie sich aus der interessanten l. 9 § 1 D. XIV, 6 ergiebt (videri a donatore profectam protinus ad creditorem). Folglich liegt darin kein Eingriff in die Rechte des Vaters, auch wenn mit dem Gelde die Darlehensschuld eines Haussohnes getilgt wird.

§ 3. Zahlung eigener und fremder Schulden.

Oft zahlt Jemand zwar seine eigene Schuld, aber in und mit ihr zugleich eine fremde. So der Bürge, der Korreal- und Solidarschuldner. Als Zahler einer fremden Schuld

wird man nun sie alle nicht auffassen können. Der Bürge tritt zwar ein für eine fremde Schuld, verspricht sie gegebenen Falls zu zahlen: aber nachdem er sich einmal verpflichtet, hat er eine eigene Schuld auf sich genommen, und sie will er in der Zahlung zunächst begleichen, um mit ihr freilich auch die Hauptschuld zum Erlöschen zu bringen. So ist seine Zahlung, wie v. Schey[16]) es treffend bezeichnet, die einer zwar materiell fremden, aber formell eigenen Schuld. Ganz ähnlich sagt Schollmeyer S. 15:

„Der Bürge zahlt nicht eine fremde Schuld, obwohl sie materiell einen andern angeht."

Noch weniger gehört der Korrealschuldner hierher, er zahlt eine nicht nur formell, sondern ganz oder doch zum Theil auch materiell eigene Schuld[17]).

Diese Unterscheidung ist nicht nur terminologisch, sondern auch praktisch bedeutsam. Während Bürgen und Korrealschuldner, und ebenso gewöhnliche Mitschuldner bei einer untheilbaren Leistung, als unfreiwillige Zahler einer materiell ihnen ganz oder theilweise fremden Schuld das beneficium cedendarum actionum genießen, hat der Zahler einer auch formell fremden Schuld darauf gemeinrechtlich keinerlei Anspruch. Selbst das Preußische Recht, obwohl es dem letzteren das beneficium und sogar eine cessio legitima der getilgten Forderung zubilligt, läßt einen Unterschied insofern bestehen, als es nur den Bürgen, nicht aber den Zahler das debitum alienum, ohne besondere Cession in die Vor- und

16) Das Regreßrecht bei Zahlung fremder Schulden nach dem Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Graz 1891, S. 6, 10.

17) So auch Unger in Grünhut's Zeitschr., Bd. XV, S. 533 N. 13: „Bürgen und Mitschuldner zahlen nicht eine fremde, sondern eine (formell) eigene Schuld". Dagegen scheint Hert (de solutione pro alio facta, Gießen 1701, § 1) auch die Zahlung des Bürgen mit Unrecht hierher zu rechnen — sie ist ihm ein „tale negotium" nicht aber die des Korrealschuldners, § 9.

Nebenrechte eintreten läßt, §§ 338, 339 Allg. Ldr. I, 14 [18]).

Andererseits sind die Beschränkungen der Bürgschaft, insonderheit das Senatusconsultum Velleianum, auf die Zahlung fremder Schulden nicht anwendbar, cf. l. 4 § 1 D. XVI, 1:

„Sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit: senatus enim obligatae mulieri sucurrere voluit, non donanti: hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat.“

L. 4 C. IV, 29 h. t.:

„Si pro marito pecuniam solvisti, deficit auxilium senatusconsulti.“

Ferner l. 9 das., l. 5 D. tit. cit. XVI, 1.

Zahlt aber die Frau nach geschehener Verbürgung in Unkenntniß der exceptio Sc. Velleiani, dann hat sie die condictio indebiti — auch hier zeigt sich wieder die Verschiedenheit der Zahlung des Bürgen und des dritten Nichtschuldners in bedeutsamer Wirkung, vgl. l. 8 § 3 D. h. t. XVI, 1 und dazu Gradenwitz, Ungiltigkeit obl. Rechtsgeschäfte S. 83.

§ 4. Zahlung emendi animo.

Aber auch hiermit ist die Abgrenzung des Gebietes noch nicht vollendet. Nicht jeder, der einem Gläubiger die Valuta seines Forderungsrechtes auszahlt, tilgt damit den An-

---

18) cf. Entsch. d. R.-G. in Civ.-Sachen, Bd. III, Nr. 15, S. 47, über das Verhältniß dieser Bestimmungen zu den §§ 46 fg. Allg. Ldr. I, 16. Schon vorher war im Anschluß an die Lehre der gemeinrechtlichen Praktiker in dem Projekt des Codicis Fridericiani Marchici von 1748, Theil IV, Tit. 9, § 30 bestimmt worden: „Diejenigen, so einem Gläubiger seine Forderung bezahlen, auch die Bürgen so dergleichen für ihre Prinzipalschuldner gethan, treten in der bezahlten Kreditoren Recht, jedoch dergestalt, daß die Bürgen keine cessionem iurium von Nöthen haben.“ Auch hier werden also die Bürgen von den gewöhnlichen Zahlern fremder Schulden unterschieden.

spruch: ebensowohl ist es möglich, daß er dem Gläubiger nur einen **Preis** dafür bezahlt, daß dieser ihm die Forderung überlasse, cedire. Mit anderen Worten: zum Zahlen einer fremden Schuld gehört der animus solvendi; wer animo emendi das Geld hergiebt, der bezahlt weniger die **Schuld**, als nur den **Gläubiger**: die obligatio bleibt, und gewechselt hat nur der Träger. Freilich mag für den Schuldner der Unterschied gemeinhin kein erheblicher sein — denn auch, wer die Schuld für ihn zahlt, wird meist einen Regreßanspruch gegen ihn gewinnen. Aber dieser hat eine neue, selbständige Grundlage; er kann normaler Weise die Höhe dessen nicht überschreiten, was der Zahlende aufgewendet hat. Dagegen ist bei der Klage dessen, der emendi animo die Schuld erwirbt, das Wieviel des Kaufpreises an sich ohne Belang; was jener dafür hat geben müssen, daß Gläubiger ihm seine Gerechtsame übertrug, das ist für den Schuldner eine res inter alios acta. Daß darin in der römischen Kaiserzeit die lex Anastasiana eingegriffen und den Erwerber einer Forderung auf die Einklagung des gezahlten Preises beschränkt hat, macht begrifflich keinen Unterschied — stellt sie doch ein propter aliquam utilitatem eingeführtes ius singulare dar, über dessen innere Berechtigung man sehr verschiedener Ansicht sein kann.

Andererseits ist selbstverständlich, daß der Erwerb fremder Forderungen animo emendi nicht nur die allgemeine Anerkennung der Cession und ihre Zulässigkeit bei der in Frage stehenden Art von Ansprüchen voraussetzt, sondern auch eine Mitwirkung des Gläubigers erfordert, während die Zahlung fremder Schulden nach der herrschenden und richtigen Ansicht (§ 11) davon unabhängig ist. Ein ius cedendarum actionum hat das römische Recht als allgemeines Rechtsinstitut nicht anerkannt, es würde das auch ein höchst wundersames, principwidriges Gebilde sein. Nur da, wo der Gläubiger einen Mitverpflichteten — Bürgen oder Korreal-

schuldner — belangt, ist diesem das besondere beneficium verliehen, die Abtretung der Ansprüche gegen die andern Verpflichteten (Hauptschuldner, correi) verlangen zu können. Noch viel weniger ist im römischen Recht von einer cessio legitima an den Zahlenden die Rede.

Freilich sind neuere Gesetzbücher hierin weiter gegangen und haben dem zahlenden Dritten vielfach die actio des abgefundenen Gläubigers zugesprochen. Wer den Unterschied zwischen Zahlung solvendi und emendi animo in der geschilderten Weise anerkennt, wird darin schwerlich einen Fortschritt erblicken. Der unleugbar vorhandene Gegensatz beider erscheint hier kurzerhand ausgewischt. In Wahrheit hat doch derjenige, wer eine fremde Schuld bezahlt, sie damit beseitigt[19]), kann sie also auch nicht mehr geltend machen; wer sie kaufen will, kann das oder sollte es doch nur unter Zustimmung des Gläubigers thun können: das Gegentheil wäre eine willkürlich und ungerechtfertigte Expropriation.

Von der Zustimmung des Schuldners ist dagegen auch die Zahlung emendi animo unabhängig, wie uns zum Ueberfluß die l. 3 Cod. de hered. vel. act. vend. IV, 39 ausdrücklich versichert:

„Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.“ (223 p. Chr.).

---

19) Daß der zahlende Bürge und Korrealschuldner noch das beneficium cedendarum actionum habe, ist kein Argument dagegen. Sie zahlen ja nicht eine fremde, sondern zunächst eine eigene Schuld, neben der noch die Schuld gegen den Hauptschuldner besteht — nur freilich nicht mehr zu Gunsten des Gläubigers, dessen subjektive Zwecke durch die einmalige Zahlung voll befriedigt sind. Warum im übrigen die Forderung noch fortlebt und auf den Zahlenden übergehen kann, das hat Hartmann (Obligation S. 51) so geistvoll und überzeugend dargethan, daß wir einfach darauf verweisen dürfen. Die Obligation hat zwar ihren prinzipalen Zweck erfüllt, wird aber aufrecht erhalten zur Vermittelung der Realisirung noch weiterer Interessen. Vgl. jetzt auch O. Geib, Zur Dogmatik des Röm. Bürgschaftsrechts S. 72 fg.

Der aufgestellte Unterschied beider Arten der Zahlung eines fremden debitum ist in den Quellen bereits zur vollbewußten Anerkennung gelangt, so in l. 36 D. de fideiuss. XLVI, 1, wo es anläßlich der Zahlung eines Bürgen bezüglich des Gläubigers heißt:

„non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit."

Ob die Annahme des Kaufes gerade auf diesen Fall sonderlich passe, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls bekundet der römische Jurist Paulus darin eine klare Einsicht in das Wesen des hier von uns erörterten Gegensatzes.

Auch in der neueren Litteratur finden wir auf diesen verschiedentlich hingewiesen, so von Cohn[20]), von Eccius[21]) und von Gruchot[22]). Im Fall des animus emendi liegt dem Schuldner gegenüber gar keine Zahlung vor. Das Schuldverhältniß wird nicht aufgelöst, es tritt nur ein Wechsel in der Person des Gläubigers ein. Aehnlich auch Zachariä[23]); ferner sagt von Schey (a. a. O. S. 33):

„Der fremde Zahler kann entweder den Schuldner befreien oder sich die Schuld überweisen lassen. Wenn er als Mandatar handelt, muß im Zweifel das Erstere, wenn er ohne Mandat handelt, im Zweifel das Letztere angenommen werden. Dann bedeutet die Zahlung „Einlösung", solange auf die Cession nicht verzichtet ist."

Dem vermögen wir freilich nicht unbedingt beizustimmen, wenigstens vom Standpunkt des römischen Rechts aus. Solange der Zahlungsakt nur als solcher vorliegt, ist hier der Thatbestand der venditio nominis und der Cession noch nicht erfüllt; nur bei erweislich dahingehender Willensübereinstimmung wird man ein solches Verkaufsgeschäft anzu-

---

20) a. a. O. S. 1005 (Endemann's Handbuch III).
21) Preuß. Pr.-R., Aufl. VI, Bd. I, S. 564.
22) Zahlung, S. 29.
23) Franz. Civilrecht, § 316.

nehmen haben. Anders im Preußischen und Oesterreichischen Recht. Da nach beiden der Zahlende die Forderung ipso iure erwirbt oder doch mindestens ihre Uebertragung beanspruchen kann, so muß ein solcher Erwerb solange angenommen werden, als der Wille der Betheiligten nicht erweislich dahingeht, unter Verzicht darauf in der Zahlung nichts als einen Solutionsakt vorzunehmen. Insoweit ist also die Formulirung Koch's[24]) richtig, wofern er sagt, der zahlende Dritte tilge die Forderung, wenn er solvendi animo zahle; andernfalls erwerbe er die Klage selbst als utilis oder die direkte werde ihm cedirt.

Endlich verbreiten sich auch die Motive des Entwurfs für das bürgerliche Gesetzbuch über den beregten Unterschied. Die Vorschriften des — die Zahlung fremder Schulden behandelnden § 227 treten darnach nicht in Anwendung, wenn animo emendi gezahlt wird. Eine allgemeine Vermuthung stellt der Entwurf darüber so wenig auf, wie er über die etwaigen Regreßrechte des Zahlenden gegen den Schuldner Bestimmungen ertheilt.

Kap. II. Die wahren Fälle.

§ 5. Thunlichkeit der Leistung durch Andere.

Haben wir bisher festgestellt, welche Kriterien eine Zahlung haben muß, um als solche einer fremden Schuld zu gelten, so ist jetzt unsere Aufgabe, festzustellen, welche Forderungen eine derartige solutio durch Dritte vertragen und aus welchen Gründen sich diese zu ihrer Abtragung veranlaßt sehen können.

In ersterer Hinsicht denkt man gemeinhin nur an Geldschulden. Aber wie der Begriff der solutio nicht auf sie beschränkt bleibt, so ist auch eine Zahlung fremder Schulden nicht einzig und allein bei ihnen möglich. Ich habe einen

24) Recht der Forderungen II, S. 642.

Arbeitsmann engagirt, um meinen Garten in Stand zu setzen; einen Dienstmann, um einen Brief an N. N. zu besorgen — es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum alsdann nicht ein Dritter mit befreiender Wirkung für den Verpflichteten soll einspringen können. Beiläufig sind das alles Fälle, in denen die Leistung des Dritten nur solvendi, nicht emendi causa erfolgen kann.

Andrerseits sind bei weitem nicht alle Forderungen derart, daß sie wider Willen des Gläubigers von einem Dritten erfüllt werden können — das Porträt, das mir Lenbach zu malen hat, kann gewiß nicht an seiner Stelle mit befreiender Kraft jedweder Simon Klecks herstellen. Wann das eine und wann das andere der Fall, das läßt sich nicht nach formaljuristischen Gesichtspunkten entscheiden, darüber hat die Regel des Lebens, die Verkehrsanschauung zu Gerichte zu sitzen.

Wenn man den Gegensatz von obligationes dandi und faciendi herangezogen hat, so ist richtig, daß jene meist der ersteren, diese der letzteren Kategorie angehören — aber Ausnahmen sind, wie unsere Beispiele darthun, in beiderlei Richtung wohl denkbar. Es ist entscheidend hierbei, ob es für den konkreten Fall auf die Individualität des Leistenden ankommt oder nicht.

Nicht übel hat Koch[25]) unter Verwendung des bekannten entsprechenden Gegensatzes der körperlichen Sachen die Leistungen, welche ein anderer für den Schuldner vornehmen kann, als fungible bezeichnet.

Dabei kommt es selbstverständlich auf die Natur der fraglichen Leistung an, und auf die Person nur insoweit, als die eine Person eine solche Leistung vielleicht in derselben oder noch besserer Qualität ausführen kann als der eigentliche Schuldner, die andern nicht[25a]).

25) a. a. O. II, S. 620.

25a) Dies gegenüber Hasenöhrl a. a. O. § 87 N. 17.

Zweifellos kann aber mit Zustimmung des Gläubigers auch eine an sich nicht äquivalente Leistung des Dritten für den Schuldner mit befreiender Wirkung vorgenommen werden; indeß liegt dann nicht sowohl Zahlung vor, als vielmehr datio in solutum. Besondere Regeln gelten für derartige Fälle nicht. Wie von Seiten des Schuldners, so kann naturgemäß auch von Seiten des Dritten dem Gläubiger ein aliud — und das ist die nicht fungible Leistung — wider seinen Willen nicht aufgedrängt werden, mag es nun eine nicht gleichwerthige Handlung derselben Art, oder überhaupt ein völliges aliud sein — etwa Geld statt des geschuldeten Pfandes. Mit Zustimmung des creditor dagegen ist die datio in solutum seitens eines Dritten ebenso zulässig, wie die des Schuldners. Insbesondere kann der Dritte auch ein Versprechen in solutum geben, indem er novandi causa die Zahlung der bisher einem andern obliegenden Verpflichtung übernimmt: der Fall der expromissio, vgl. Entsch. des R.=O.=H.=G. Bd. XVI, Nr. 82, S. 329. Paulus benutzt laut der l. 91 D. h. t. XLVI, 3 ein „supponere, a quo debitum novandi causa stipulatur", um dem Schuldner auch wider seinen Willen durch acceptilatio Befreiung zukommen zu lassen, ein Umweg, der sich aus der Form der Acceptilation als nothwendig ergiebt.

Sehr instruktiv sind die Bemerkungen der über die datio in solutum pro alio handelnden l. 5 D. XVI, 1:

> „nec interest, pecuniam quis solvendi causa numeret an quamlibet suam rem in solutum det: nam et si vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto senatus consulto locum esse."

Fraglich kann sein, gegen wen bei Eviktion oder physischer Mangelhaftigkeit der res in solutum data der Gläubiger Ansprüche zu erheben habe, gegen den Schuldner oder den zahlenden Dritten. Hierüber ist auf die allgemeinen

Grundsätze über datio in solutum zu verweisen — wer, wie gemeinhin geschieht, dem Gläubiger zwischen den Eviktionsansprüchen und dem Rückgriff auf die alte Schuld das Wahlrecht einräumt, der muß ihm auch hier je nach Wahl den Angriff auf den alten Schuldner zugestehen; anders der, wer den Gläubiger auf die Eviktionsansprüche beschränkt wissen will, eine Ansicht, der sich Verfasser zuneigt — nach ihr erscheint der Schuldner durch die Leistung des Dritten als eiu für allemal befreit.

Nicht minder kann die Zahlung des Dritten durch Verrechnung erfolgen, wenn er bislang Gläubiger des Gläubigers war und diesem zwecks Tilgung der fremden Schuld die seinige erläßt: daß der Fall in den Quellen nicht erwähnt wird, verschlägt nichts; vgl. Gradenwitz, Ungiltigkeit, S. 240; Dernburg, Pr. R. II, § 94; Striethorst, Archiv, Bd. 80 S. 73 fg.; R.-O.-H.-G. in dem oben § 2 angeführten Erkenntniß.

§ 6. Die Quellen.

Hat aber das positive Recht in den gezogenen Grenzen die Zahlung durch den Dritten als liberirend anerkannt? Diese Frage ist, wir können wohl sagen bekanntlich, vom entwickelten Römischen Recht und nach ihm von unseres Wissens sämmtlichen modernen Gesetzgebungen im bejahenden Sinne entschieden worden. Es ist angemessen, an dieser Stelle die wichtigsten in Frage kommenden Stellen des Corpus Juris aufzuführen; die Stimmen der modernen Gesetzgebungen sind bei Gruchot S. 19 fg. sorgfältig zusammengestellt.

a) pr. J. quib. mod. obl. toll. III, 29:

„nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat.“

b) l. 38 (39) Dig. de neg. gest. III, 5:

„Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.“ (Gaius.)

c) l. 42 (43) das.:

„Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.“

(Labeo bezw. Javolenus.)

d) l. 48 (49) das.:

„Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.“ (Africanus).

e) l. 31 pr. D. de her. pet. V, 3:

„Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitorem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. et ideo Julianus libro sexto digestorum scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se petitorem defensum iri. sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo quod solvit non videtur locupletior factus: nisi forte habeat condictionem et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum

se heredem putat, solvisse suo nomine, et videtur mihi Julianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore: condictionem tamen praestare debebit. sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit.“ (Ulpianus.)

f) l. 19 § 1 Dig. XII, 6:

„Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit: quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit.“ (Pomponius.)

g) l. 44 das.:

„Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.“ (Paulus.)

h) l. 23 Dig. XXXXVI, 3 h. t.:

„Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.“ (Pomponius.)

i) l. 40 das.:

„Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio pigneraticia. item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.“ (Marcianus.)

k) l. 53 das.:

„Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.“ (Gaius.)

l) l. 72 § 2 das.:

„Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet no-

mine eius servum offerente stipulator accipere noluisset." (Marcellus.)

m) l. 16 C. de neg. gest. II, 18 (19):

„Si negotium sororis tuae gerens pro ea tributa solvisti, vel mandante ea vel rogante id fecisti, negotiorum gestorum actione vel mandati id, quod solvisse te constiterit, recipere poteris". (Gallus 252.)

n) l. 17 C. VIII, 42 (43) de solut.

„Manifesti iuris est tam alio pro debitore solvente quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis tolli comparatam obligationem." (Diocletianus 293.)

§ 7. Historische Entwicklung.

Es fragt sich nun aber, ob diese Zulassung der Zahlung fremder Schulden eine Neuerung des klassischen Rechts darstellt, oder von Altersher den Römern geläufig war? Wir müssen gestehen, daß uns die Mittel zur strikten Beantwortung dieser rechtshistorischen Frage ganz und gar abgehen. Die angeführten Quellenstellen enthalten keine Spur von Zweifeln und Bedenken, nicht die mindeste Andeutung findet sich davon, daß sie neues, zweifelhaftes oder auch nur der Bestreitung fähiges Recht vortragen. Nicht nur für Diocletian ist die Zulassung manifesti iuris, sondern auch Gaius bezeichnet an zwei Stellen (b und k) den Satz als nicht nur der Konsequenz des natürlichen, sondern auch derjenigen des civilen (römischen) Rechts entsprechend. Alles dies scheint für ein hohes Alter unserer Regel zu sprechen, wenn man auch mit Wlassak[26]) sich das Zahlen fremder Schulden wenigstens animo donandi angesichts des Römischen Nationalcharakters schwerlich als zu häufig vorgekommen denken darf.

Andererseits möchte die strenge Auffassung der obligatio

26) Gesch. d. negot. gestio, S. 194.

als eines iuris vinculum zwischen zwei ein für allemal bestimmten Personen geeignet sein, gegen ein hohes Alter unseres Satzes Bedenken wachzurufen, Bedenken, die noch durch eine Pandektenstelle, die schon erwähnte l. 91 D. h. t. XLVI, 3, verstärkt zu werden scheinen. Hier heißt es ja:

„si debitor tuus non vult a te liberari et praesens est, non potest invitus a te solvi.“

Erst Paulus giebt für eine Befreiung des anwesenden widerwilligen Schuldners in seiner Anmerkung dazu ein Mittel an:

„immo debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris supponendo, a quo debitum novandi causa stipuleris.“

Hieraus könnte man schließen, Labeo und die älteren Juristen hätten eine Befreiung des Schuldners wider seinen Willen durch Zahlung ebenso ablehnen müssen, wie sie es im Falle des Erlasses nach jenem Citat gethan haben. Aber auch bei dieser Auslegung wäre immerhin nur die Unthunlichkeit einer Zahlung des Dritten mit befreiender Wirkung wider den Willen des Schuldners erwiesen, nicht auch die Unthunlichkeit der Zahlung fremder Schulden überhaupt. Aber auch dies kann man aus dem Fragment u. E. nicht herauslesen. Nichts scheint sicherer, als daß es sich dabei um eine Stipulationsschuld und um einen Erlaß durch Acceptilation handelt („novandi causa stipuleris“, „etiamsi acceptum non feceris“) — daß aber eine acceptilatio wider Willen des Schuldners nicht zu Stande kommen konnte, erklärt sich aus dem Formalcharakter des Aktes ohne Weiteres — um sie davon unabhängig zu machen, dazu bedurfte es allerdings des ingeniösen Umweges des Paulus.

Es kommt aber noch hinzu, daß Labeo an anderer Stelle, in der l. 42 (43) D. III, 5 cit., ohne Umschweife eine Befreiung des Schuldners durch die von einem Dritten ohne sein Wissen und ohne seinen Auftrag vorgenommene

Zahlung annimmt — da auch von der Ratihabition hier nicht die Rede ist, kann an ein befugtes Auftreten alieno nomine, als direkter Stellvertreter, nicht gedacht werden. Sollte erst Javolenus, der Herausgeber von Labeo's betreffendem Werk, diese Stelle entsprechend gestaltet haben? Schwerlich: sie hat als inscriptio „Labeo libro sexto posteriorum epitomatorum a Javoleno". Bei Fragmenten mit dieser Ueberschrift scheint es sich nun aber um Stellen zu handeln, „die entschieden den Charakter von bloßen Auszügen aus dem Originalwerk des Labeo an sich tragen" [27]). Es bliebe nur noch die Annahme übrig, der große Jurist habe zwischen der Abfassung der libri pithanon und seiner nachgelassenen posteriores in unserer Frage sich zu freieren Anschauungen durchgerungen, eine Hypothese, die dem nüchternen Verstande doch allzu kühn erscheinen möchte, wenn sie auch schwerlich kühner ist, als manche andre, auf die ein bekannter Rechtshistoriker öfters „unumstößliche" Thatsachen aufzubauen liebt.

So scheint mir denn ein Mehr von Wahrscheinlichkeit für eine verhältnißmäßig frühe Anerkennung unserer Regel zu sprechen. Wie dem aber auch sei — in der frühesten Kaiserzeit jedenfalls ist ihre Geltung durch sichere Beweismittel festgestellt.

Es scheint auch für unsere rechtshistorische Frage belehrend, auf die Analogie der Zahlung fremder Schuld mit dem concursus duarum lucrativarum causarum und der seiner schuldtilgenden Wirkung von Hartmann gewidmeten Erklärung hinzuweisen. Weil der Zweck des Forderungsrechtes erfüllt ist, darum sinkt es in diesem Fall auch ohne eigentliche solutio zusammen, „und zwar wurde hier wie bei der solutio der Untergang der obligatio als ipso iure eintretend wenigstens zu Julian's Zeit anerkannt" [28]).

---

27) cf. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 681.

28) Die Obligation, S. 66, und dort Citirte.

Solange freilich die Obligation besteht, ist sie iuris vinculum: aber daraus folgt nicht, daß die Lösung des Bandes auch stets und selbst dann durch den Schuldner zu geschehen habe, wenn dem Interesse des Gläubigers auf andre Weise Genüge geleistet ist. Hat man aus diesem Grunde — und daß es darum geschehen, dürfte von Hartmann u. E. unwiderleglich nachgewiesen sein — sogar einem Faktum die tilgende Kraft zuerkannt, bei dem überhaupt kein Solutionsakt vorhanden ist, wie vielmehr muß diese Wirkung infolge einer richtigen, nur von einer dritten Person vorgenommenen Zahlung eingetreten sein! In ihr liegt der Thatbestand einer lucrativa causa superveniens implicite vor, folglich wird man ihr auch mindestens soweit wie jener eine ipso iure konsumirende Kraft beizulegen haben.

Einen der Sache nach ähnlichen Grund giebt Unger[29]) für unsere Regel an:

> „daß man die Schuld eines Dritten durch Zahlung oder Expromission tilgen, daß man also re einen Dritten befreien kann, erklärt sich daraus, daß man der Obligation hierdurch den Lebensstoff entzieht: sie stirbt an Blutleere."

Auch Wendt (Pandekten § 237) bezeichnet es ohne weiteres als wirthschaftlich wie rechtlich gleichgiltig, von wem Gläubiger sein Geld empfange, und Bethmann-Hollweg bezeichnet unseren Satz (Versuche S. 212) als Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß jeder Dritte ohne unser Wissen und Willen unsere Lage besser machen kann.

Von anderer Seite dagegen sieht man in unserer Regel eine positive, eigentlich gegen das strenge Rechtsprinzip verstoßende Satzung, die also einen positiven und wohl erst relativ jüngeren Entstehungsgrund haben muß. Hierhin ist Thibaut[30]) zu rechnen mit seiner Ausführung, nach der

29) Jhering's Jahrb., Bd. X, S. 52, N. 67.
30) Pandekten, § 649.

Strenge des Rechts müsse der Schuldner zahlen; es sei aber erlaubt, daß jeder Dritte auch wider Willen des Schuldners für ihn zahlen könne. Aehnlich auch wohl Bruns[31]) — die Römer hätten in diesem Punkt das Princip der Persönlichkeit der Obligation nicht festgehalten. Endlich redet auch Jhering von einer positiven Schöpfung des Rechtes. Er sieht ja in der Zahlung fremder Schulden eine wahre Stellvertretung; da diese nun in Rom bekanntlich nicht allgemein statthaft war, so muß unsere Regel sich als eine besondere Ausnahme von der sonstigen Unzulässigkeit der Stellvertretung gebildet haben.

§ 8. Unzulässigkeit bei Geldstrafen.

Die Frage, ob auch Schulden des öffentlichen Rechts, insbesondere Geldstrafen, von einem andern als dem Verpflichteten giltig gezahlt werden können, bedarf bei ihrer theoretischen wie praktischen Bedeutung einer besonderen Behandlung. Sie ist in der strafrechtlichen Litteratur[32]) jüngstens vielfach erörtert; sie spielt auch in die Praxis der Gerichtshöfe anläßlich der Straffestsetzung hinein. Noch jüngst las Verfasser in der Tagespresse von einem etwas wundersamen Erkenntniß, durch welches ein Jude wegen Beleidigung eines Antisemiten zu Freiheits- statt Geldstrafe verurtheilt sein soll, weil diese doch „von seinen Glaubensgenossen getragen werden würde". (!)

Früher neigte man sich nur vorwiegend der Ansicht zu, es könne keinem Dritten verwehrt sein, für den Verurtheilten zu zahlen — so das Preußische Ministerium, so aus der Litteratur[33]) Oppenhoff in den älteren Ausgaben seines Kommentars. Dagegen aber wendeten sich außer Lehmann

31) Holtzendorffs Encyclopädie, Aufl. V, S. 516.

32) Vergl. namentlich die Abhandlungen in Goltdammers Archiv, Bd. XIX, S. 784 fg. (Lehmann) und XXVIII, S. 11 fg. (Kronecker). Die ältere Litteratur findet sich bei letzterem aufgezählt ebenso bei Raff in der unten zu citirenden Dissertation.

33) Andere Vertreter dieser Ansicht bei Raff, S. 6 N. 3.

und Kronecker noch Binding[34]), Berner[35]) und Olshausen[36]); endlich neuestens Raff in einer eigenen Erlanger Dissertation[37]) und die dort S. 8 N. 2 Citirten. Die blos äußerliche Aehnlichkeit, sagt Lehmann, einer civilrechtlichen Geldschuld mit der durch das Strafurtheil begründeten Verpflichtung, eine Summe Geldes an den Staat zahlen zu müssen, verleitet dazu, was im Civilrecht über Zahlung von Geldschulden gilt, auch hier zur Anwendung zu bringen, während man doch zu einem andern Resultat gelangen müßte, selbst wenn man von dem civilrechtlichen Begriff der Zahlung einer Geldschuld ausgeht. Denn das Civilrecht gestattet die Zahlung durch den Dritten nur unter der Voraussetzung, daß die geschuldete Leistung dadurch nicht qualitativ alterirt wird.

Auf diese und die ganz ähnlichen Argumentationen der andern oben Genannten hat auch Oppenhoff seine Ansicht in den neueren Auflagen stark modificirt. Er bemerkt zu § 28, N. 15/16:

„da auch die Geldstrafe eine den Verurtheilten treffende Strafe sein soll, so ist es nicht für statthaft zu erachten, wenn ein Dritter zur Entlastung jenes den Betrag entrichten will. Dagegen kann es einem Dritten nicht verwehrt werden, dem Verurtheilten die Mittel zur Entrichtung der Strafe zu schenken, oder ihm für die gezahlte Strafe Ersatz zu geben."

In dem gleichen Sinne erging dann auch das bei Kronecker citirte Erkenntniß des Obertribunals vom 28. Juli 1874 (cf. auch Justizministerial-Blatt 1874, S. 229). Die Geldstrafe soll und muß danach denjenigen

34) Normen I, Aufl. I, S. 167, Aufl. II, S. 284.

35) Strafrecht, § 107.

36) Kommentar, § 28, A. 1.

37) Ist Zahlung einer Geldstrafe für einen Andern Begünstigung? München 1892.

treffen, gegen den sie verhängt ist. Zwar habe der Staat einen Anspruch, aber keinen civilrechtlichen Anspruch (?) gegen den Verurtheilten.

Es kann u. E. keinem Zweifel unterliegen, daß die herrschende Meinung die einzig haltbare ist. Welcher Strafrechtstheorie man sich auch immer anschließen mag — stets soll die Strafe dem Missethäter ein Uebel zufügen, ihm ein Rechtsgut entziehen oder schmälern. Nicht des Trägers der Strafgewalt wegen erfolgt die Bestrafung — der Entziehung des Rechtsgutes beim Bestraften entspricht nur in den seltensten Fällen der Erwerb eines entsprechenden für den Staat. Die meisten Strafen — man denke an die Freiheitsstrafen — kosten diesen, rein ökonomisch betrachtet, weit mehr als sie ihm einbringen.

Auch der Charakter einer Vermögensstrafe ist kein anderer; diese Gestaltung erfährt die Strafe wegen einer entsprechenden Qualifikation der That, nicht wegen einer veränderten Stellung des Trägers der Strafgewalt. Nicht egoistisch, zu fiskalischen Zwecken, sondern im Interesse der öffentlichen Ordnung und Moral vollstreckt der Staat jede Strafe, und eine geradezu entwürdigende Vorstellung würde es enthalten, die Geldstrafe rein vom Standpunkt der Bereicherung des Fiskus zu betrachten[38]).

Ist dies richtig, so kann der Strafzweck nicht realisirt werden, wenn ein Anderer für den Schuldigen das Opfer bringt — hier ist diesem ja gar kein Uebel zugefügt!

Selbst rein civilrechtlich kann man nach Lehmann's Vorgang die Unzulässigkeit vertheidigen. Die Strafleistung ist keine fungible Leistung, vom Standpunkt des Zweckmomentes aus ist die Strafzahlung des A. ein völliges

38) Ueber den Gegensatz von Strafe und Ersatz sind zu vergleichen Thon, Rechtsnorm, S. 20, 50; Binding, Normen I, S. 284, Aufl. 2. „Die Strafe ist ausnahmslos eine höchst persönliche Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen.“

aliud im Vergleich zu der des B. So brauchen wir die disputable Frage nach dem civilrechtlichen Charakter des Geldanspruches auf Strafe — den das Obertribunal verneint, Kronecker bejaht — nicht zu entscheiden: von beiden Standpunkten aus ergibt sich gleichmäßig die Unstatthaftigkeit der Zahlung für andere.

Freilich — auch hier können wir uns auf Bekanntes berufen — nicht jede Mitwirkung des Dritten wird als unzulässig anzusehen sein. Daß der Verurtheilte das Geld durch einen bloßen Gehilfen (etwa Kassenboten) an die fiskalische Kasse abführt, ist natürlich keinem Bedenken unterworfen. Aber ebenso ist die Zahlung durch einen dritten Stellvertreter (Mandatar; etwa auch Vormund) statthaft. In solchem Fall handelt ja rechtlich der eigentlich Verurtheilte; ihn trifft hier der ökonomische Effekt, indem er dem Vertreter — dem Bankhause durch Ueberweisung eines Depots, der Post durch Einzahlung auf die Postanweisung die Valuta ausgezahlt hat, oder aber ihrem Regreßanspruche ausgesetzt ist. Ja, selbst einen auftraglosen negotiorum gestor wird man wohl zulassen dürfen, wofern er die erweisliche Absicht hat, sich am Verurtheilten schadlos zu halten und ihn nicht etwa der Bestrafung zu entziehen. Dies wenigstens, wenn ratihabitio erfolgt.

Jedenfalls braucht aber der Fiskus in solchen Fällen die Zahlung des Dritten nicht anzunehmen, solange ihm nicht nachgewiesen wird, daß der Dritte nur als Vertreter handelt und die Strafe dem Endeffekt nach den Verurtheilten treffen wird.

So zeigt sich auch hier wieder der Unterschied zwischen dem bloßen Vertreter und dem Zahler fremder Schulden — für die Jhering'sche Auffassung würde eine befriedigende Erklärung dieser Fälle schwer möglich sein.

Soweit die Zahlung von Strafschulden durch Dritte unzulässig ist, soweit kann eine dawider geschehende sogar

den Thatbestand der Begünstigung enthalten[39]). Die bloße Schadloshaltung des Verurtheilten durch einen Dritten, namentlich wenn sie nach der Zahlung geschieht, genügt freilich als solche dazu nicht; insoweit muß man Oppenhoff's obigen Ausführungen zustimmen. Aber sie kann dazu werden, wenn dem Thäter eine solche Schadloshaltung vorher versprochen oder ihm doch durch das Benehmen des Begünstigenden begründete Aussicht darauf gemacht ist. Hier könnte sogar unter Umständen eine Anstiftung vorliegen.

Ob das Gesagte auch auf Geldbußen Anwendung findet, muß verschieden beantwortet werden, je nach der Grundauffassung vom Wesen dieses Institutes. Wer darin mit der u. E. richtigen und wohl vorwiegenden Theorie materiell eine reine Entschädigung erblickt, für den fällt der hemmende Grund weg und er wird die Zahlung des Dritten dulden. So auch Lehmann, S. 787.

Das Gleiche gilt von Prozeßkosten; sie haben nur den Charakter einer Gebühr, eines Aequivalentes für die dem Staat bezw. den Anwälten entstandenen Mühen und Kosten. Auch bei Steuerforderungen fehlt für den Staat oder die Gemeinde jeder Grund, die Zahlung des Dritten abzulehnen — auch hier überwiegt die Aequivalentsnatur, sodaß dem Berechtigten durch die Leistung des Dritten vollauf Genüge geschieht.

Zweifelhaft mag die Sache bei den römischen Privatstrafen erscheinen. Sie sollen einerseits den Thäter eines Vermögenswerthes berauben, andererseits aber bezwecken sie die Bereicherung des Beschädigten. Aus den Quellen ist uns darüber nichts bekannt; innere Gründe dürften am Ende doch eher gegen die Zulässigkeit sprechen. Doch ist die Frage nicht mehr praktisch und kann so dahingestellt bleiben.

---

39) Darüber gut, aber etwas zu weitgehend, Lehmann a. a. O., ausführlich und zum Theil gegen diesen polemisirend Raff a. a. O.

§ 9. Die einzelnen Fälle.

1. Unter den Fällen der Zahlung fremder Schulden kommen zunächst diejenigen in Betracht, in denen der Zahlende dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist. Eine solche Pflicht kann beruhen:

a) auf Mandat (Auftrag, Anweisung, Assignation); z. B. l. 16 D. II, 18 (19);

b) auf Amt (Tutel, Kuratel);

c) auch das Societätsverhältniß kann eine Verpflichtung zur Zahlung einer ganz oder doch zum Theil fremden Schuld begründen, Hert de solutione pro alio facta I, § 5, 7.

d) nicht minder kann es vorkommen, daß der Nießbraucher, Miether oder Pächter eines Grundstückes für den Herrn Grundsteuern zahlen muß; cf. auch l. 7 D. XXXIX, 4 (die possessores hafteten selbst für die Rückstände der Steuern und konnten deshalb eventuell Regreß nehmen an den dominus).

Freilich wird in den meisten dieser Fälle, namentlich beim Mandatar und Tutor, in der Regel keine Zahlung fremder Schulden im technischen Sinne vorkommen, da hier die Dritten normaler Weise nicht suo, sondern alieno nomine und auch häufig direkt mit den Mitteln der eigentlichen Schuldner zahlen werden. Aber nothwendig ist das nicht; pflegt doch gerade nach Römischem Recht der Mandatar regelmäßig als indirekter Stellvertreter, suo nomine, zu handeln — warum soll er das nicht auch in unserem Fall bisweilen gethan haben?

2. Demgegenüber stehen die dem Schuldner nicht oder wenigstens nicht vertragsmäßig verpflichteten Zahler fremder Schulden:

a) der Erblasser kann seinem Erben letztwillig die Verpflichtung auferlegen, einen andern von der diesem an einen Dritten obliegenden Verpflichtung zu befreien. Das ist ein

Fall der liberatio legata. cf. l. 8 pr. D. XXXIV, 3 de lib. leg.:

„non solum nostrum debitorem, sed et heredis et cuiuslibet alterius ut liberetur, legare possumus.“

l. 11 das.:

„Si debitor fideiussorem suum ab herede suo liberari iusserit, an fideiussor liberari debeat? respondi debere.“

b) Auf ein anderes Motiv, das möglicherweise zur Zahlung einer fremden Schuld Veranlassung giebt, macht Schloßmann[40]) aufmerksam — die Zahlung condicionis implendae causa. Dem Zahlenden ist etwas unter der Bedingung vermacht oder sonst zugewendet, daß er die Schuld des Dritten — scil. aus eigenen Mitteln — tilge.

c) Nicht minder kann Dosbestellung in der Zahlung einer fremden Schuld zu finden sein. Es ist bekanntlich quellenmäßig anerkannt, daß die Dos durch Befreiung des Empfängers von einer Schuld an den Besteller constituirt werden könne[41]); zwischen diesem Fall aber und dem, wo der Besteller die Schulden seines Schwiegersohnes dotis constituendae gratia bezahlt, besteht ein begrifflicher Unterschied nicht. Freilich wird in derartigen Fällen die Absicht meistens auf Schenkung gerichtet und dann unter e) rubrizirt werden müssen. Aber auch schon die Tilgung meiner vielleicht momentan durch Wucherzinsen oder sonst sehr drückenden Schulden mit der beschränkteren Wirkung enthält einen Vermögensvortheil für mich, und jeder Vermögensvortheil ist zur Dosbestellung verwendbar. In den Quellen ist dieser Fall unseres Wissens nicht erwähnt.

d) Eine der wichtigsten, vielleicht die wichtigste causa der Zahlung einer fremden Schuld ist die Absicht, die Geschäfte des Schuldners durch die Zahlung zu führen — hier

---

40) Grünhut's Zeitschr. IX, S. 555.

41) Stellen bei Windscheid II, § 494 N. 7; Bechmann, Dotalrecht II, S. 110.

enthält letztere einen Fall der negotiorum gestio. Ueberall da, wo Jemand ohne besondere Verpflichtung und ohne daß ein anderer der speziell aufgeführten Gründe vorlag, fremde Schulden zahlt, werden nur zwei causae in Betracht kommen können — Geschäftsführung oder Schenkung, je nachdem der Zahlende die Absicht hat, gegen demnächstige Erstattung seiner Auslagen zu handeln, oder den Schuldner durch die Zahlung endgiltig zu bereichern. Sie wird daher in den Quellen des öfteren erwähnt, vgl. die oben unter b bis d aufgeführten Stellen. Auf Mandat oder negotiorum gestio alternativ geht l. 16 C. de neg. gest. II, 18 (19) cit.

e) Das Verhältniß des animus donandi zu dem negotia gerendi ist schon oben erwähnt. Fraglich kann nun aber im Einzelfall sein, welcher Zweck den Zahlenden bei seinem Vorgehen geleitet habe, eine Frage, die nicht nur für die etwaige Regreßpflicht des Zahlenden entscheidend ist, sondern möglicherweise auch für die sonstige formelle und materielle Qualifikation des ganzen Aktes. Denn die Schenkung ist einmal in gewissen Fällen einer bestimmten Form (Insinuation) unterworfen. Dann ist sie zwischen gewissen Personen (Mann und Frau) verboten, und endlich steht dem Schenker unter bestimmten Voraussetzungen ein Rückforderungsrecht zu.

Auch der Fall der Zahlung donationis causa wird in den Quellen wiederholentlich erwähnt, so in l. 4 § 1 D. XVI, 1 — sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeravit, non intercedit. Ueber das Verhältniß beider Fälle wird gehandelt in der beachtenswerthen l. 12 C. de neg. gest. II, 18 (19):

„Si filius pro patre suo debitum solvit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, cum solveret, fuit, sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit. si igitur pater tuus sui iuris constitutus pro patre suo negotium gerens non

praecedente mandato debitum eius solvit, negotiorum gestorum agere cum patruis tuis potes" (a. 230).

Allzu häufig mag gerade dieser Fall im alten Rom nicht gewesen sein, denn „ein alter Römer pflegt nicht zu schenken" [42]). Daher wird es auch schwerlich angehen, bei Bezahlung fremder Schulden im Zweifel einen animus donandi anzunehmen. Eher könnte man — und zwar ebenmäßig auch für das heutige Recht — für den animus negotia gerendi präsumiren, wenn auch in den allermeisten Fällen ohne Weiteres ein großer Ueberschuß von Wahrscheinlichkeit für das eine oder das andere vorhanden sein wird.

Richtig erscheint uns daher die Ausführung in der in Heuser's Annalen [43]) abgedruckten Entscheidung des Oberappellationsgerichtes Cassel: Eine Schwester hatte Schulden ihres Bruders bezahlt und liquidirte ihren Ersatzanspruch nachher zu seiner Konkursmasse, indem sie sich auf negotiorum gestio eventuell Cession der überreichten Schulddokumente berief. Sie wurde vom Obergericht abgewiesen, weil ohne besondere Cession ein Eintritt in die Rechte des Gläubigers nicht stattgefunden habe, aber auch negotiorum gestio nicht erwiesen sei. Diese Entscheidung wurde vom O.-A.-Ger. mit Recht aufgehoben mit der Begründung, daß derjenige, wlcher die Schuld eines andern ohne dessen Auftrag bezahlt, insofern eine andere Absicht nicht dargelegt wird, ein fremdes Geschäft besorge, und demselben daher auch die Klage aus der Geschäftsführung zukomme.

Das neuere Recht stellt hier vielfach ganz allgemeine Präsumtionen auf, was uns ganz zweckentsprechend erscheint. So das Allg. Ldr. in T. I, Tit. 11 § 1040:

---

42) Jhering, Zweck im Recht I, S. 279 und das dort angegebene Citat aus Polybius; ferner Wlassak, Negotiorum Gestio, S. 194. „Die Berichtigung fremder Schulden bedeutet noch nicht nothwendig das Zahlen aus eigenen Mitteln. Die Römer waren bekanntlich ein zur Freigebigkeit wenig angelegtes Volk."

43) Bd. II, S. 163, Cassel 1855.

Daß eine Sache als ein Geschenk gegeben worden, wird nicht vermuthet. Nur wo eine „besondere persönliche obschon nicht gesetzlich verbindende Pflicht zur Wohlthätigkeit" vorhanden ist, da wird vermuthet, daß das „ohne Vorbehalt Gegebene" in Schenkungsabsicht gewährt sei (§ 1041), insbesondere wenn sich das Geschäft zwischen Eltern und Kindern, Geschwistern oder Ehegatten abspielt (§ 1042).

Aehnlich sagt das H.=G.=B., daß die Geschäfte eines Kaufmanns im Zweifel zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig anzusehen sind (Art. 274), sowie daß ein Kaufmann, der in Ausübung des Handelsgewerbes Jemandem Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, dafür auch ohne besondere Verabredung Provision, sowie von seinen Auslagen Zinsen verlangen kann (Art. 290), also doch erst recht seine Auslagen selbst!

Es ist nun festzustellen, ob und welche von den Besonderheiten der causa donandi auf unseren Fall zur Anwendung kommen.

Ist bei Zahlungen von über 500 Solidi die Insinuationsform zu beobachten? Dafür hat sich kein Geringerer als v. Savigny[44]) ausgesprochen — nach ihm ist ja diese Form auch bei den Schenkungen anzuwenden, die nicht durch Vertrag zu Stande kommen. In demjenigen Falle, worin die Einschränkung der Schenkung ipso iure, d. h. durch gänzliche Nichtigkeit bewirkt werde, äußere sich diese Nichtigkeit auch bei den mit fremden Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Das sei zunächst für Schenkungen zwischen Ehegatten bestimmt, müsse aber auch auf die aus der versäumten Insinuation entspringende Nichtigkeit angewendet werden.

Anderer Ansicht ist die herrschende Meinung, von Windscheid[45]), H. Pernice[46]), Bremer[47]) und Heimbach

44) System IV, S. 598 fg.

45) Bd. II, § 367, N. 8.

46) Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen, S. 17, 19.

47) Ihering's Jahrb., Bd. XIII, S. 152 fg.

vertreten. Nach Windscheid kann sich der Schenker nur dann auch dem Dritten gegenüber auf die unterlassene Insinuation berufen, wenn der Dritte sonst etwas erhalten würde, worauf er dem zu Beschenkenden gegenüber keinen Anspruch hat. Und Pernice führt aus, es könne freilich durch Zahlung fremder Schulden eine Schenkung vollzogen werden, der Form aber unterliegen nur die durch direkte Zuwendung geschehenden donationes.

Ohne auf die Einzelheiten dieser schwierigen Frage einzugehen, müssen wir doch unsere Stellung unter den Gegnern Savigny's einnehmen. Gegen ihn sprechen entscheidend mehrere Quellenstellen, zunächst die l. 5 D. de doli exc. XLIV, 4:

„Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit.“ (Paulus.)

Ferner l. 21 pr. D. de donat. XXXIX, 5:

„Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit.“ (Celsus.)

Ihnen gegenüber können die von Savigny angeführten, die don. inter virum et uxorem behandelnden Stellen nicht in Betracht kommen. Diese donatio ist ein aus rechtspolitischen Gründen gemißbilligtes; verbotenes Geschäft, dessen Nichtigkeit nicht etwa nur aus formellen Momenten eintritt. Ganz anders die „große Schenkung“. Wie in aller Welt soll derselbe Akt bei 501 Solidi verboten sein, der bei 499 noch erlaubt und klagbar bleibt? Der Ehegatte soll, der gewöhnliche Schenker bei der großen Schenkung kann nicht mit verbindlicher Kraft den Schenkungsakt vollziehen.

Es kommt aber noch ein zweiter, in den Stellen direkt ausgesprochener Gesichtspunkt hinzu. Dem Gläubiger gegen-

über kann die Zahlung fremder Schulden gar nicht als Schenkung angesehen werden, denn er empfängt nur das, worauf er schon einen Rechtsanspruch hat — „suum recipit“. Für ihn ist der Akt nichts weiter als Zahlung, der durch den Schuldner selbst bewirkten gleichwerthig. Welche causa dahintersteckt, das berührt nur das Verhältniß zwischen Zahler und Schuldner, den Gläubiger geht es nichts an. Mit Recht bemerkt — wenn auch in anderem Zusammenhang — das Reichsgericht Bd. XVIII, Nr. 66 S. 331:

„Was den Zahlenden zur Zahlung bestimmt hat, ob er damit eine Schuld gegen den Dritten getilgt oder eine eigene Forderung begründet oder ihm eine Schenkung gemacht hat, alles dies ist für seine rechtliche Beziehung zum Schenkungsempfänger an sich gleichgiltig.“

Diesen Erwägungen treten praktische Gesichtspunkte an die Seite. Einmal zugegeben, daß der Gläubiger die Zahlung des Dritten annehmen muß (cf. § 11), könnte derselbe nach der gegentheiligen Meinung in eine äußerst bedenkliche Lage kommen. Er muß die Zahlung annehmen, quittiren, giebt vielleicht in optima fide Beweisurkunden und Pfänder an den Zahlenden heraus oder, was gleichsteht, an den Schuldner: jetzt wird ihm plötzlich das Erhaltene condicirt, weil eine immodica donatio vorlag, obwohl er keinen Deut mehr erlangt hatte, als worauf er ein gutes Recht besaß. Der Hauptschuldner mag inzwischen insolvent geworden oder verschollen, die Forderung gegen ihn vielleicht sogar verjährt sein (erscheint sie doch jetzt ex post facto als nicht befriedigt und ist andernfalls auch inzwischen nicht ausgeübt!) — alles anmuthende Eventualitäten! Und das alles wegen einer res inter alios acta, wegen des Mangels eines animus recuperandi beim Zahlenden, von dem der Gläubiger vermuthlich gar nichts gewußt hat!

So kann denn die Frage des formellen Mangels der

causa donationis sicherlich nur auf das Verhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner einwirken, indem gegebenen Falls die dem Regreßrecht des ersteren entgegenstehende causa donandi keine rechtliche Existenz erlangt. Doch das ist an dieser Stelle nicht zu erörtern. Nur insoweit könnte der Zahlende sich dem Gläubiger gegenüber auf die mangelnde Insinuation berufen, als er ihm etwas zugewendet hat, worauf jener noch nicht oder nicht in dem Maße Anspruch hatte, also gerade nur soweit, als das Geschäft nicht Bezahlung einer fremden Schuld ist.

A priori scheint das Gesagte ebenmäßig auf alle Besonderheiten angewendet werden zu müssen, welche einem Akte sonst noch durch die causa donandi verliehen werden.

So wohl jedenfalls hinsichtlich des Widerrufs. Ebenso ist die Streitfrage, ob die Schenkung als Vertrag stets der Annahme benöthige, dem Gläubiger gegenüber indifferent, nur dem Schuldner gegenüber würde, ihre Bejahung vorausgesetzt, bei verweigerter Annahme die causa versagen und das Gezahlte folgeweise von ihm mit einer condictio sine causa eingefordert werden können.

An sich steht es ebenso, wenn der begünstigte Schuldner der Ehegatte des Zahlenden ist. Andererseits ist aber die donatio inter virum et uxorem im Sinne der Römer ein verbotener Akt, und so ließe es sich sehr wohl denken, daß das ihnen entgegentretende Verbotsgesetz seinen Schatten auch auf dritte Personen geworfen hätte. Immerhin wäre das ius singulare und könnte nur bei zwingenden Beweisen angenommen werden.

Nun ist zunächst der umgekehrte Fall in den Quellen direkt entschieden, daß Jemand seinen Schuldner anweist, seinem — des Anweisenden — Gatten zu zahlen, l. 3 § 12/13 D. de donat. inter v. et u. XXIV, 1. Es wird dort so angesehen, als wäre das Geld vom Schuldner an den Mann und von diesem weiter an die Frau gegeben worden („celeritate

coniungendarum actionum unam occultari"). Daher wird der Schuldner frei und der Mann hat die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen die Frau (Savigny a. a. O. S. 591).

Ebenso soll es sich nun nach v. S. auch dann verhalten, wenn der Mann seine Frau dadurch beschenken will, daß er ihrem Gläubiger baare Zahlung leistet.

„Nach der Strenge des älteren Rechts wäre hier gar nichts geschehen, die Frau bliebe Schuldnerin, der Mann könnte das Geld vindiciren oder, wenn es ausgegeben ist, kondiciren. Nach der eben dargestellten freieren Behandlung ist es, als ob das Geld von dem Mann an die Frau, von der Frau an den Schuldner gegeben wäre. Die Frau hat also Besitz des Geldes erworben, aber kein Eigenthum. Sie hat also ihren Gläubiger mit fremdem Gelde bezahlt, welche Zahlung zunächst ungiltig ist, durch die Konsumtion aber giltig wird. Daher kann der Mann das Geld vindiciren, so lange es der Gläubiger abgesondert vorräthig hat; ist es ausgegeben, so wird die Frau von ihrer Schuld frei und nun hat der Mann gegen sie die gewöhnliche condictio wie aus jeder anderen Bereicherung. Es ist ganz zufällig, daß dieser Fall nicht so wie der vorige in unseren Quellen erwähnt worden ist".

So geistvoll diese Ausführung des Altmeisters ist, für schlechthin zwingend ist sie schwerlich zu erachten. Jene Fiktion des Durchganges der gezahlten Schuldsumme durch die Person des Schuldners paßt nicht recht auf unseren Fall — wäre sie bei der Zahlung der Schulden eines Ehegatten durch den anderen anzunehmen, so müßte sie schlechthin in jedem Fall bei der Zahlung fremder Schulden Platz greifen, der wahre Zahlende wäre dann dem Gläubiger stets der Schuldner. Dann könnte aber auch nur diesem, nicht dem Zahlenden, die condictio indebiti zustehen, was den Quellen widerspricht (cf. § 15).

Gehen wir zunächst auf die anderen für die Wirkung

des Schenkungsverbotes gegenüber Dritten angeführten Stellen ein! l. 5 § 2 h. t. kommt u. E. für unseren Fall nicht in Betracht, sie will nur das „per interpositas personas" Geschehene nicht gelten lassen, scheint sich also gegen Umgehungsversuche des Schenkungsverbotes zu wenden. Von einem Umgehungsversuche kann hier aber bei Zahlung einer Schuld des Gatten doch schwerlich die Rede sein — der Gläubiger denkt gar nicht daran, sich an einem solchen zu betheiligen: er will nur legitimer Weise sein Geld erhalten. Im übrigen spricht die Stelle noch eher gegen die Savigny'sche Meinung (quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, donationem non impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere). Nur in dem Fall, wenn der Gläubiger in Kenntniß des Umgehungsversuches und seine Hand dazu bietend das Geld annimmt, wird man ihn allenfalls als persona interposita auffassen dürfen. Eher könnte l. 5 § 3 h. t. im Sinne der Gegner verwerthet werden; aber man darf sie sehr wohl restriktiv interpretiren, nämlich auf den Fall, daß der debitor nur die Qualität einer persona interposita erfüllt. Dasselbe kann man im Falle des folgenden § 4 annehmen. Das „donationis causa promiserit" scheint doch auf alle Fälle für ein deutliches Hervortreten des animus donandi bei dem Versprechen angeführt werden zu können; überhaupt tritt beim Versprechen fremder Schulden die Individualität des Intercedenten, der Grund seines Auftretens viel mehr hervor, als bei der bloßen Zahlung derselben. Auch ist dort die Lage des Gläubigers weniger gefährdet, er erhält statt des erhofften neuen Schuldners den alten zurück, wogegen er in unserem Falle die vielleicht längst empfangenen Gelder zurückzuerstatten hätte und dafür auf einen inzwischen aus den Augen verlorenen und vielleicht insolvent gewordenen Schuldner angewiesen würde. Nach l. 39 h. t. kann allerdings das Versprechen

des Dritten propter donationis causam nichtig sein. Aber das ist nichts Anderes, als was uns die eben gedachten Stellen bereits sagen. Andererseits aber giebt sie Mittel und Wege an, damit der Dritte nicht geschädigt werde. Es handelt sich darum, wenn der Schuldner auf Anweisung seines Gläubigers an dessen dadurch beschenkten Ehegatten unwissend gezahlt hat:

„sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest: sed si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebitur ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. sed si pecunia non extat et mulier locupletior facta est, maritus eam petit: intelligitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest."

Dieser Fall liegt doch m. E. dem der Zahlung an den unwissenden Gläubiger im wesentlichen gleich; wir werden daher wohl analog die Entscheidung von früher anwenden dürfen. Dann wäre zu sagen: allerdings kann der zahlende Ehegatte an sich vom Gläubiger das Gegebene zurückfordern und andererseits wird der beschenkte Schuldner nicht befreit. Wofern aber der Gläubiger unwissend und bereit ist, dem Zahlenden seine Klagen gegen den Schuldner zu cediren, kann er sich gegen die Vindikation mit einer exceptio doli schützen. Hat weiter der Gläubiger das Geld consumirt und sich dadurch zu Eigen gemacht, so ist mit der Erreichung des Zweckes seines Forderungsrechtes auch dieses selbst erloschen; gegen die Rückforderungsklage des Zahlenden kann er sich auch fernerhin durch die exceptio doli — jetzt ohne Cession der nicht mehr vorhandenen Klage — schützen; dadurch erscheint endlich der Schuldner auf Kosten seines Gatten grundlos bereichert und haftet ihm

folgeweise mit der condictio sine causa. Auch das läßt sich alles aus der l. 39 i. f. cit. kraft Analogie entnehmen, zumal unter entsprechender Berücksichtigung der l. 5 cit. und l. 17 D. XLVI. 3.

Aber weiterhin scheint uns Savigny's Behauptung, unser Fall sei in den Quellen nicht behandelt, nicht zu stimmen. Wir beziehen uns ihr gegenüber auf l. 7 § 7 und l. 50 pr. i. f. D. h. t. XXIV, 1:

a) „Si uxor rem emit et maritus pretium pro ea numeravit, interdum dicendum est totum a muliere repetendum, quasi locupletior ex ea in solidum facta sit: ut puta si emit quidem rem mulier et debebat pecuniam, maritus autem a venditore eam liberavit: quid enim interest, creditori solvat an venditori"?

b) „(mulier locupletior) facta autem intelligitur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est, quod potuisset adhuc debere, si vir pecuniam non solvisset: neque enim interest, ex qua causa mulier pecuniam debuit, utrum creditam an eam quae ex emptione praestare debeat."

In beiden Fällen ist davon die Rede, daß der Mann eine Kauf- bezw. Darlehensschuld der Frau bezahlt, sie dadurch befreit und folgerecht einen Rückforderungsanspruch gegen sie erlangt habe, cum locupletior facta sit. Ständen diese Stellen allein, so würde man aus ihnen den Schluß ziehen können, daß die Zahlung der Schuld des einen Gatten durch den andern dem Gläubiger gegenüber schlechthin unanfechtbar sei, und will man es ihretwegen bei diesem Resultate bewenden lassen, so wäre das nur Wasser auf unsere Mühle. Aber wir müssen bekennen, daß wir angesichts der bisher besprochenen Fragmente so weit zu gehen Bedenken tragen; man wird die ll. 7 § 7 und 50 pr. wohl dadurch mit l. 39 in Uebereinstimmung bringen müssen daß man das Erforderniß der geschehenen Konsumtion des gezahlten

Geldes in sie hineinträgt — bei der Schnelligkeit, mit der sich die Konsumtion der empfangenen nummi durch Vermischung zu vollziehen pflegt, gewiß keine allzu starke Anforderung! Das Endresultat ist also, daß der beschenkte Ehegatte zwar nicht durch den Empfang, wohl aber durch die Konsumtion des Geldes seitens des Gläubigers befreit wird, während dieser sich bei gutem Glauben gegen die Rückforderung des Gezahlten seitens des zahlenden Gatten mittels exceptio doli schützen kann. Dem schlechtgläubigen Zahlungsempfänger kommt diese natürlich nicht zu Gute. Andererseits steht dem Schenkenden gegen den Beschenkten wegen der Ungiltigkeit der Schenkung eine condictio sine causa zu, in Höhe der durch die Abfindung des Gläubigers eingetretenen Bereicherung.

f) Als weiterer Fall des Zahlens fremder Schulden kommt noch der in Betracht, daß der Zahlende sich selbst für den Schuldner hält und das fremde debitum als eigenes tilgt. So namentlich beim bonae fidei possessor hereditatis; aber auch der Putativeigenthümer, der Steuern, Reallasten u. s. w. für sein vermeintliches Grundeigenthum erlegt, gehört hierhin. Darüber ist unten § 17 noch besonders zu handeln.

g) Ein Zahler fremder Schulden ist auch der Beneficialerbe, der mit eigenen Mitteln Erbschaftsschulden tilgt. Dies wenigstens, soweit er nicht pro, sondern cum viribus hereditatis haftet. Denn wenn auch seine Erbenqualität alsdann nicht aufgehoben ist, so erscheint er doch als Subjekt zweier getrennter Vermögensmassen, von denen der einen aus den Mitteln der andern Aufwendungen zu Gute kommen können, sodaß dadurch der Thatbestand des negotia aliena gerere erfüllt ist. Aehnlich, wenn der Nachlaß durch Erbittung des Separationsrechtes der Erbschaftsgläubiger abgesondert ist — hier sind zwei getrennte Vermögenskomplexe vorhanden, und man wird es dem Erben gestatten müssen,

das abzuziehen, bezw. als Gläubiger zu liquidiren, was er durch vorgängige Zahlungen aus eigenen Mitteln an Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer gezahlt hat; das erscheint insoweit als Zahlung fremder Schulden[48]).

h) Besonderheiten bieten auch die pfandrechtlichen Fälle, in denen ein Nichtschuldner den Pfandgläubiger bezahlt. Hierhin gehört namentlich das jus offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers zwecks Auszahlung der prior creditor; nicht minder die Abfindung eines Gläubigers durch den dritten Besitzer der Pfandsache. Darüber Näheres unten.

i) Endlich muß als besonderer Fall derjenige der Ehrenzahlung des Wechselrechts angesehen werden, Wechselordnung Art. 62/65. Sie ist keineswegs nur gewöhnliche Zahlung einer fremden Schuld. Denn daß auch die nicht beglichene Wechselschuld an Stelle des Acceptanten oder sonstigen Wechselschuldners von einem Dritten getilgt werden kann, das ist bei allgemeiner Anerkennung der Zahlung für andere selbstverständlich und hätte nicht besonders statuirt zu werden brauchen[49]). Die Frage ist vielmehr, wie Wächter richtig bemerkt, die: „wer kann mit der Wirkung interveniren, daß er hierdurch die Rechte des Ehrenzahlers einerseits gegen den Honoraten, andererseits gegen dessen Vormänner und resp. den Acceptanten erwirbt? Wer das könne, darüber ist Wächter S. 291/2 zu vergleichen, bei dem die einzelnen Erfordernisse festgestellt sind.

Eine Ehrenzahlung liegt nur vor, wenn zu Ehren des Ausstellers der Tratte oder eines sonstigen Regreßpflichtigen gezahlt wird; Zahlung zu Ehren des Acceptanten oder des

48) cf. meine Ausführungen in Grünhut's Zeitschr., Bd. XVII, S. 287. Auf die theilweise grundsätzlich abweichenden Ansichten Jäger's (Voraussetzungen des Nachlaßkonkurses) und seine Polemik gegen mich werde ich an anderer Stelle eingehender zurückkommen.

49) cf. O. v. Wächter, Encyclopädie des Wechselrechts, S. 291 fg.

Ausstellers eines eigenen Wechsels ist Tilgung der Hauptschuld und nicht Intervention für den Regreßpflichtigen.

Der Gläubiger muß die Ehrenzahlung annehmen, „denn mehr als Einlösung des Wechsels kann er nicht fordern und er hat kein rechtliches und vernünftiges Interesse daran, sein Geld gerade vom eigentlichen Wechselschuldner zu empfangen[50]).

Bei mehreren Offerenten der Ehrenzahlung hat derjenige den Vorrang, durch dessen Zahlung die meisten Regreßpflichtigen befreit werden (Art. 64), also in erster Linie derjenige, der für den Aussteller oder den ihm am nächsten Stehenden zahlt.

Eine solche Ehrenzahlung mit entsprechender Wirkung ist anerkannt, außer im Deutschen, auch im Ungarischen, Schweizer, Skandinavischen und Italienischen Wechselrecht, auch im Russischen Entwurf[51]).

Nach dem Gesagten ist die Ehrenzahlung mehr Zahlung emendi, als solvendi animo; sie geschieht aber zugleich im Interesse des Honoraten, dessen Regreß dadurch vermindert und abgekürzt wird.

Kap. III. Das Verhältniß des Zahlenden zum Gläubiger.

I. Voraussetzungen.

§ 10. Persönliche Voraussetzungen.

Ueber die persönlichen Erfordernisse der drei in Betracht kommenden Personen ist kaum etwas Besonderes zu bemerken:

a) in der Person des Gläubigers setzt die Zahlung nach

50) Das Folgende nach Brachmann in Endemann's Handbuch IV,2, S. 292 fg.; dort findet sich auch die weitere Litteratur. Citate älterer, namentlich auch Englischer Schriftsteller, ferner bei Heise=Cropp, Abhandlungen II, S. 315.

51) Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. IV,138. Ueber die weitere ausländische Gesetzgebung Borchardt, Wechselordnung, Aufl. VIII. S. 287/8, A. 1.

den allgemeinen Grundsätzen sowohl Handlungs-, als auch Verpflichtungsfähigkeit voraus. So besonders bei datio in solutum oder Verzicht auf einen Theil der Forderung, während im übrigen dem trotz der Empfangnahme noch klagenden Gläubiger auch wohl hier, wie bei der Zahlung des wahren Schuldners, in Höhe seiner Bereicherung eine exceptio doli entgegenstehen dürfte, cf. l. 4 § 4 D. XLIV, 4.

b) In der Person des Schuldners sind besondere Voraussetzungen überhaupt nicht vorhanden. Ertheilt ein Unmündiger seinem Schuldner oder einem beliebigen Andern den Auftrag, seinem — des Pupillen — Gläubiger zu zahlen, so ist der Pupill durch die erfolgende Zahlung befreit. Die Unmündigkeit ist also höchstens für das Verhältniß des Schuldners zum Zahlenden von Bedeutung — ein Mandat kommt freilich in solchem Fall nicht giltig zu Stande, wohl aber tritt Haftung ein ex negotiorum gestione, Unterholzner, Schuldverhältnisse I, S. 462, und wenn der Zahlende Schuldner des Unmündigen war, so wird er wenigstens per exceptionem befreit.

Das geht zum Ueberfluß noch hervor aus der l. 66 D. XLVI,3, wo die gewährte Klage zwar als „utilis actio" bezeichnet wird, aber materiell mit der Geschäftsführungsklage ganz gleich steht:

„Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur."

c) In der Person des Zahlenden ist Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit nothwendig. Ist dies schon bei

Zahlung eigner Schulden so (l. 14 § 8, D. XLVI, 3), so muß es a fortiori beim Zahler eines fremden debitum angenommen werden, der sich dadurch nicht von einer Verbindlichkeit befreit. Dies auch nach dem Allgemeinen Landrecht: denn wenn es auch Zahlungen eines Dispositionsunfähigen als giltig anerkennt, so doch nur dann (§ 41 A. Ldr. I, 16), insoweit sich der Zahlende dadurch von einer Verbindlichkeit befreit.

§ 11. Muß Gläubiger die Zahlung annehmen?

Die an dieser Stelle zu behandelnde Frage ist wohl die wichtigste und in der Litteratur meist erörterte der ganzen Lehre. Es handelt sich natürlich wesentlich nur darum, ob die Rechtsfolgen des Angebotes infolge der Oblation des Intervenienten ebenso eintreten, wie bei der des wahren Schuldners — ob also der Gläubiger in Mora kommt durch Annahmeverweigerung.

Die Bejahung dieser Frage hat von altersher in der Litteratur überwogen. Sie findet sich bei Sichard[52]) — auch ein Nichtschuldner könne offerre et deponere pecuniam, bei Hert[53]) unter Polemik gegen die abweichenden Anschauungen des Donellus, bei Becmann[54]). Aus neuerer Zeit seien angeführt Wolff[55]): auch ein Dritter könne offeriren und den Gläubiger bei Nichtannahme, die auch ein Verschulden (?) enthalte, in Mora bringen; Heise-Cropp[56]), die auf diesen Satz sogar die Intervention im Wechselrecht zurückführen; ähnlich auch Einert[57]), nur unter Hervorhebung der Eigenthümlichkeiten der letzteren.

---

52) Comm. in Codic. VIII, 43, ad. l. 9 (praelect II, S. 1294).

53) de solutione pro alio facta, sect. III, § 3, in den commentarii atque opuscula, II, Tom. III, S. 195, Frankfurt 1737.

54) Consil. et decis. I, resp. I, Nr. 47, S. 54. Göttingen 1784,

55) Mora, S. 425.

56) Juristische Abhandlungen II, S. 315, N. 4.

57) Wechselrecht, S. 322.

Nach Madai[58]) kann der Gläubiger nur, wenn es auf wesentlich persönliche Leistungen ankommt, das Anerbieten der Erfüllung durch andre als den Schuldner selbst zurückweisen, ohne einer Mora sich schuldig (?) zu machen.

Aehnlich Mommsen[59]). Ein Dritter kann giltig zahlen, folglich auch offeriren und den Gläubiger in Verzug setzen. Die Voraussetzungen giebt M. im Einzelnen an; es sind wesentlich dieselben, wie wenn der Schuldner anbietet. Nur soll das Angebot des Dritten im Namen (?) des Schuldners erfolgen. Derselben Ansicht huldigen nicht minder Goldschmidt[60]) und, mit ausführlicher Begründung, Schollmeyer[61]). Nach ihm ist die Zahlung des Dritten zulässig:

a) Wenn der Gläubiger will, dann ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners.

b) Aber auch gegen den Willen des Gläubigers, so namentlich, wenn der Dritte im Auftrag des Schuldners handelte. Aber auch ohne einen solchen Auftrag, da eine etwaige Zurückweisung seitens des Gläubigers Chikane sein würde.

Dieser Ansicht huldigen nicht minder fast alle Lehrbücher. So vor allem Windscheid[62]). Der Gläubiger darf (?) auch die von einem andern angebotene Leistung nicht zurückweisen — das Gegentheil wäre Chikane — es müßte denn die Qualität der Leistung durch die Person des Schuldners bedingt sein. Ferner § 345: Es muß (zum Eintritt der mora creditoris) angeboten sein durch den Schuldner oder einen andern zur Erfüllung Befähigten.

Ferner Brinz[63]), Baron[64]), Arndts[65]), Crome[66]),

---

58) Mora, S. 247.
59) Mora, S. 158 fg.
60) Zeitschr. f. Handelsr. XIV, S. 415.
61) a. a. O. S. 9.
62) II, § 392.
63) II, § 290, Aufl. II, 448.
64) § 226.
65) § 219.
66) Franz. Oblig.-R., S. 309.

Zachariae[67]) — nur dann, wenn der Zahlende verlangt, in die Rechte des Gläubigers eingesetzt zu werden, kann letzterer die Annahme verweigern. Endlich auch Bruns in Holtzendorff's Encyclopädie[68]): der Gläubiger ist zur Annahme vom Dritten verpflichtet (?), wenn er nicht ein besonderes Interesse an der persönlichen Erfüllung vom Schuldner hat.

Die gegentheilige Ansicht ist anscheinend zuerst von Donellus[69]) aufgestellt worden.

Freilich nicht ohne Widerspruch. Denn in cap. 10 behauptet er, der Dritte könne den Schuldner auch wider dessen Willen befreien, und bei Nichtannahme des Gläubigers obsignare et deponere. Dagegen nach cap. XIII § 6 soll der Schuldner dadurch nicht befreit werden, weil dies doch nur „et plurimum per exceptionem" geschehen, Niemand aber per extraneam personam einen Erwerb machen könne. (!)

Aus ganz andern Gründen kommt zum gleichen Resultat Thöl[70]):

> „Der Satz, auf welchen jener Rechtssatz (der Ehrenzahlung) gewöhnlich zurückgeführt wird, daß ein Gläubiger die Zahlung eines Dritten nicht zurückweisen dürfe, ist weder im Römischen Recht ausgesprochen, noch, selbst auf eine Schuld im Geben beschränkt, zu konstruiren."

Die fraglichen Stellen besagen nach Thöl nur, daß eine Zahlung, die wider Willen des Schuldners geschieht, ihn liberirt.

Aehnlich Bachofen[71]):

> „Für den Schuldner kann jeder zahlen, aber nicht ohne Willen des Gläubigers. Debitore invito, aber nicht creditore invito recte solvitur."

Mit gewissen Einschränkungen nimmt auch Dernburg

67) Franz. Civilrecht, § 316. — 68) Aufl. V, S. 516. — 69) Comm. lib. XVI, cap. X, XIII. — 70) Wechselrecht, § 133, N. 11, S. 533. — 71) Pfandrecht, S. 498, N. 3.

an dieser Anschauung Theil. Während er im Preußischen Privatrecht[72]) die Ansicht vertritt — den landrechtlichen Bestimmungen entsprechend —, daß der Gläubiger nicht in Mora komme, wenn er die von einem Dritten gegen den Willen des Schuldners angebotene Leistung zurückweise, lehrt er in den Pandekten zwar einerseits[73]), es vermöge auch ein Dritter ohne Wissen, selbst gegen den Willen des Schuldners, dessen Schuld zu tilgen, und nur dann könne der Gläubiger auf persönlicher Erfüllung durch den Schuldner bestehen, wenn dessen Persönlichkeit für die Leistung in das Gewicht falle. Aber andererseits[74]) heißt es:

> „Geräth der Gläubiger in Verzug, wenn ein Dritter, ohne vom Schuldner bevollmächtigt zu sein, die Zahlung anbietet? Dies ist nur dann der Fall, wenn die Zahlung ersichtlich im Interesse des Schuldners lag, sonst liegt in der Zurückweisung keinesfalls ein Verschulden."

Endlich vertritt die verneinende Meinung auch Laurent (XVII, 485/86), weil zur Erfüllung die Willensübereinstimmung des Gläubigers und Schuldners gehöre.

Zwischen diesen beiden Extremen stehen eine Anzahl Vertreter mittlerer Meinungen. Vor allem Puchta[75]), nach dem die Frage, ob der Gläubiger durch das Angebot des Dritten in Mora versetzt werden könne, nur unter drei Voraussetzungen zu bejahen ist.

a) daß durch die Interposition kein rechtliches Interesse des Gläubigers verletzt werde.

b) daß das Anerbieten nicht gegen den Willen des Schuldners geschehe.

c) daß dieser es ratihabire.

Aehnlich, freilich zunächst für das Preußische, aber auch letztlich für das Gemeine Recht, Gruchot[76]) .Der zahlende Dritte ist bei Annahmeverweigerung zur Deposition zuzu-

72) II, § 94. — 73) II, § 55 bei N. 10. — 74) Das. § 43. N. 6. — 75) Vorlesungen II, S. 134. — 76) Zahlung, S. 25.

lassen. Anders nur dann, wenn der Gläubiger einen entgegenstehenden Willen des Schuldners beweist. Dagegen scheint die gleichartige Ausführung von v. Daniels[77]) sich nur auf das Preußische Recht zu beziehen, ebenso Dernburg's citirte Bemerkung in seinem Pr. Pr.-R.

Das Allgemeine Landrecht hat sich in § 51, I, 16 diese vermittelnde Theorie zu Eigen gemacht; anscheinend im Anschluß an die schon von vielen gemeinrechtlichen Schriftstellern vertretenen Lehren. Wir finden diese Mittelmeinung nämlich bereits vertreten, außer bei Brunnemann[78]), auch bei Vinnius[79]) sehr klar und gut ausgesprochen. Der zahlende Nichtschuldner könne obsignare et deponere, insbesondere auch dadurch ein etwaiges Privationsrecht des Herrn gegen den Emphyteuta beseitigen. Anders nur, wenn der Schuldner wie der Gläubiger dagegen gleichmäßig protestiren. Eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme giebt es nach V. freilich in keinem Fall, es treten jedoch bei Annahmeverweigerung eventuell die Wirkungen der Mora ein.

Eine andre media sententia finden wir bei Sintenis[80]). Nur dann braucht der Gläubiger die Zahlung eines Dritten anzunehmen, wenn ihm einmal eine Garantie dafür gegeben werde, die Zahlung erfolge unter solchen Umständen, daß er auf das Behaltenkönnen des Gegenstandes sicher rechnen dürfe. Zum andern müsse er eine bestimmte Erklärung darüber zu fordern haben, ob der Dritte ihm im Auftrag oder als negotiorum gestor des wahren Schuldners zahle — werde diese versagt, so könne er die Annahme der Zahlung verweigern.

Auch diese zweite Beschränkung der Annahmepflicht macht sich Gruchot[81]) zu Eigen.

Wieder etwas anders Cohn[82]). Bei einem — selten

77) Preuß. Privatrecht II, S. 319. — 78) In der bei Gruchot, S. 27, angeführten Stelle. — 79) Instit. zu III, 30 zum Text de solutione, 10. — 80) Prakt. gem. Civilrecht II, § 103, N. 37. — 81) a. a. O. S. 21. — 82) a. a. O. III, S. 1004.

vorkommenden — rechtlichen Interesse könne der Gläubiger die Zahlung des Dritten zurückweisen, so wenn er in der Zahlung eine Anerkennungshandlung des Schuldners zu beanspruchen habe, oder wenn die Forderung mit einer Pflicht verknüpft sei.

Nehmen wir jetzt zu den verschiedenen Ansichten Stellung! Die Quellen ergeben zunächst für unsere Frage anscheinend nichts; sie erwähnen zwar, daß man gegen den Willen des Schuldners, aber nicht, daß man auch gegen den des Gläubigers eine fremde Schuld zahlen könne. Es erscheint nun aber unzulässig, hieraus mit Thöl und Bachofen ein argumentum e contrario zu entnehmen. Sind doch der Widerspruch des Gläubigers und der des Schuldners nicht gleichwerthig. Denn willigt letzterer nicht ein, während ersterer die Zahlung des Dritten annimmt, so kommt es nichtsdestoweniger zur solutio und damit zur liberatio; wenn dagegen Gläubiger die Annahme verweigert, so kann der nothwendig zweiseitige Akt der Zahlung ebensowenig zustande kommen, wie der der Tradition. Das ist nicht mehr und nicht minder der Fall, wenn das Angebot des Dritten, als wenn das des eigentlichen Schuldners zurückgewiesen wird. In Frage steht nur das, ob die Wirkungen der mora accipiendi im ersten Fall ebenso Platz greifen, wie im zweiten.

Aber noch einen andern Grund hat Thöl, der Mann der scharfen logischen Konstruktion, bei der Hand — man könne einen Annahmezwang des Gläubigers dem Angebot des Dritten gegenüber nicht konstruiren! Ein etwas wundersames Argument das, in dem wir, bei allem schuldigen Respekt vor einem hochverehrten Gelehrten, nur ein Produkt reinster Begriffsjurisprudenz im schlechten Sinne finden können, einer Begriffsjurisprudenz, wie sie erst unlängst von Ihering und Bekker, wenn auch nicht ohne Uebertreibungen, so scharf gebrandmarkt ist. Wenn nun ein posi-

tives Recht an das Angebot des Dritten doch eine solche unkonstruirbare Wirkung knüpfen würde, wie es das Allg. Ldr. I, 16, § 49 in der That gethan, sollte ihm dann Thöl den Gehorsam verweigern wollen? Schwerlich, er hätte sich dann doch wohl der Worte eines anderen scharfen Denkers erinnert, den man gegenwärtig leider auch als „Konstruktionsfanatiker" zu verketzern sucht, des Paulus:

„non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat." (l. 1 D. L, 17).

Und die Regel verliert ihre Geltung, simul cum in aliquo vitiata sit. Die „Konstruktionsunmöglichkeit" wird zur Möglichkeit, sobald das positive Recht die fragliche Wirkung eintreten läßt. Ja, wenn die Konstruktion dem positiven Rechtssatz nicht entspricht, so ist sie einfach falsch[83].

Und so ist denn auch hier die Unkonstruirbarkeit unseres Satzes so wenig vorhanden, daß seine Konstruktion vielmehr äußerst einfach ist. Schon oben haben wir an der Hand von Hartmann's „Obligation" dargethan, daß das Forderungsrecht mit seinem Zweckmoment untergeht, ein Satz, von dem die Regel des s. g. concursus duarum lucrativarum causarum nur eine gleichartige Einzelanwendung bildet, wie nicht minder die Befreiung des einen Solidarschuldners durch die Zahlung des andern, des Hauptschuldners durch die des Bürgen. Wo eine äquivalente Leistung vorliegt — und nur um solche handelt es sich bei der Zahlung fremder Schulden — ist es vom Standpunkt des Gläubigers ganz gleichgiltig, ob ihm der Schuldner leistet oder ein Anderer. Lehnt er die angebotene Befriedigung, ihre äquivalente Natur vorausgesetzt, ab, so ist das folgerecht grundlos oder wenigstens durch kein rechtliches Interesse legalisirt, bildet vielmehr nur eine unnütze Chikane gegen den Schuldner.

83) Dies natürlich nur, soweit wahre Rechtssätze in Frage stehen; bloße gesetzliche Konstruktionen sind selbstverständlich nicht bindend und überhaupt von sehr fragwürdigem Werth.

Ein erhebliches faktisches Interesse mag der Gläubiger freilich an der Nichtannahme haben. Die Schuld ist vielleicht über das gewöhnliche Maß hinaus verzinslich; es laufen oder würden Verzugszinsen zu laufen beginnen, oder eine sonstige Verschärfung des Anspruches wegen mora debitoris im Fall der Nichtleistung eintreten. Vielleicht ist auch die verspätete Erfüllung mit einer schweren Konventionalstrafe belegt; es haftet für den Anspruch ein Pfand, das der Gläubiger zu verkaufen und, wofern es ein Grundstück ist, im Wege der Subhastation zum Spottpreise an sich zu bringen erhofft. Oder der Schuldner ist ein Emphyteuta, den der dominus wegen ausgebliebener Zinszahlung zu priviren, ein Miether, den er zu exmittiren gedenkt, um dann die Wohnung bei günstiger Konjunktur vortheilhafter an den Mann zu bringen.

Das sind die Interessen des Gläubigers, welche durch die Zahlung des Dritten gefährdet werden — wo dergleichen nicht vorliegt, wird er schwerlich Veranlassung nehmen, die an sich qualifizirte Zahlung zurückzuweisen. Aber sind es solche, welche das Recht zu beachten Grund hat? Niemand wird die Stirn haben, das zu behaupten. Wenn nicht immer, so sind diese Interessen doch öfter illoyaler, unanständiger, ja wucherischer Art: sie zu schützen kann unserer Zeit, die Erweiterungen und Verschärfungen der Strafbestimmungen gegen den Wucher plant, ebensowenig zugemuthet werden, wie dem Rechtsgefühl der römischen Juristen, denen das Recht die ars boni et aequi war, ihre Berücksichtigung entsprochen haben würde. Preisen wir doch auch sonst die Kunst des Gesetzgebers, den Armen und Schwachen gegen die wirthschaftlich Mächtigen zu Hilfe zu kommen, reden wir doch dem Schutze des Schuldners selbst hie und da auf Kosten der berechtigten Interessen des Gläubigers das Wort — nun wohl, so ist das doppelt hier am Platze, wo der Gläubiger das Seinige vollauf erlangt und keinen

Schaden, der Schuldner aber unter Umständen erheblichen Nutzen davontragen wird. Dies zumal, da gerade die Elemente, für die sich andere zu Zahlungen herbeilassen, gewiß nicht die „stärksten Schultern" besitzen werden. Freilich kann man dem Gläubiger nicht zumuthen, bei der Annahme des Angebotes des Dritten das Interesse des Schuldners wahrzunehmen, aber wohl, sich demselben nicht ohne iusta causa entgegen zu stemmen. Wenn Dernburg dem Gläubiger nur dann die Annahme zur Pflicht macht, wenn die Zahlung im erweislichen Interesse des Schuldners liegt, so ist zu erwidern, daß erstlich ein solches Interesse immer und jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn dem Gläubiger das Angebot des Dritten nicht erwünscht kommt. Zweitens aber ist der Gläubiger meist gar nicht in der Lage, besitzt weder ein Recht noch eine Pflicht, darüber Aufschluß zu erheischen, welches innnere Verhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner obwalte.

Weiter meint Dernburg, in der Nichtannahme könne ein Verschulden des Gläubigers nicht gefunden werden. Ganz abgesehen davon, daß der nur zur Erzielung eines wucherischen Gewinnes die Intervention ablehnende Gläubiger sich in unseren Augen sehr wohl eines culposen Verhaltens schuldig machen wird oder doch machen kann, ist es mindestens thema probandum, ob die mora accipiendi von einem Verschulden des Gläubigers abhängig sei. Durch die Ausführungen von Mommsen und noch mehr von Kohler ist dies Dogma doch stark ins Wanken gebracht. Dernburg's Beweisgrund jedenfalls, man müsse debitor und creditor in diesem Punkt gleichstellen, schlägt nicht durch, da zwar der Schuldner in der Zahlung, aber nicht der Gläubiger in der Annahme einer Verpflichtung Genüge leistet.

Donellus' Grund, von Hert und Madai u. A. schon siegreich bekämpft, ist heute deshalb von vornherein werthlos geworden, weil dem heutigen Recht der Grundsatz

der Unzulässigkeit des Erwerbes per alium längst fremd geworden ist. Es stände auch noch zu erweisen, daß der Dritte durch seine Zahlung den Schuldner nur exceptionsweise frei macht.

Aber ist es denn überhaupt wahr, daß die Quellen nichts für die Beantwortung unserer Frage bieten? Wir glauben kaum; vielmehr giebt es eine in diesem Zusammenhang freilich anscheinend kaum je beachtete Stelle, wodurch der Sreit direkt in unserem Sinne entschieden wird — es ist die l. 72 § 2 D. XLVI, 3:

„Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemodmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset."

Was fehlt hier an einem Angebot fremder Schuld, an deren Nichtannahme alsdann der Eintritt der mora accipiendi geknüpft wird?

Doch wie dem auch sei — wir glauben nach Lage der Sache füglich von einem direkten Quellenzeugniß Abstand nehmen zu können; dies um so mehr, da anscheinend auch die Praxis der Gerichtshöfe auf unserer Seite ist, man sehe z. B. die Entscheidung bei Seuffert, Bd. XXVIII, 155.

Welches die Folgen einer Nichtannahme des Gläubigers sind, ist hier nicht besonders zu erörtern — maßgebend sind die allgemeinen Bestimmungen über Annahmeverzug. Der Intervenient kann also deponiren, die Haftung des Schuldners wird vermindert, seine etwaige Mora purgirt (so auch Madai, S. 247, Mommsen, S. 158, Brinz II, S. 303).

Fraglich kann nur sein, ob der Eintritt dieser Wirkungen nicht gewisse beschränkende Bedingungen erfordert.

1. Es kann zweifellos Fälle geben, in denen der Gläubiger daran interessirt ist, in der Zahlung zugleich eine An-

erkennung seines Rechtes zu bekommen. So namentlich, wenn das Angebot des Dritten sich nur auf Zinsen bezieht oder doch nur eine Raten- bezw. Theilzahlung bezwecken will. Alsdann würde in der Zahlung des wahren Schuldners ein die sonst vielleicht drohende Verjährung unterbrechendes Anerkenntniß zu finden sein. Und fernerhin kann man die Zinszahlung des Schuldners doch mindestens als Beweismittel für die Existenz der Hauptschuld betrachten.

In derartigen Fällen darf man nun u. E. mit Sintenis und Gesinnungsgenossen den Gläubiger nicht eher für gehalten erachten, das Angebot des Dritten anzunehmen, als bis ihm die entsprechende Anerkennung des Schuldners verschafft wird, sei es durch diesen selbst, sei es seitens des Zahlenden durch Ueberreichung des Mandats oder der sonstigen Erklärung, worin der Schuldner diesen zur Zahlung legitimirt hat.

2. Hiervon abgesehen, fragt es sich, ob nicht bei entgegenstehendem Willen des Schuldners die Annahmepflicht (sit venia verbo) des Gläubigers wegfällt, wie es z. B. das Preußische Landrecht statuirt hat. Da uns äußere Anhaltspunkte fehlen, so müssen wir aus inneren Gründen die Entscheidung abgeben. Da ist denn zu sagen, daß der Fall zunächst nicht sehr praktisch werden wird; denn es dürfte selten vorkommen, daß Gläubiger und Schuldner viribus unitis die Intervention des Dritten ablehnen — wofern sie es aber doch thun sollten, wird der letztere schwerlich noch Lust haben, auf Annahme der Zahlung zu dringen und etwa zur Deposition zu schreiten. Thut er es doch, so wird der Gläubiger hernach entweder durch den Schuldner gutwillig wirkliche Zahlung erhalten — dann kann der Intervenient u. E. wohl zweifellos die hinterlegte Summe zurücknehmen. Aber auch bevor letzteres geschehen, wird eine nach der Zahlung etwa angestellte condictio indebiti des Schuldners schwerlich durchdringen, indem ihr mindestens eine exceptio

doli entgegenstehen dürfte — etwa gegen Cession der Rechte, welche der Gläubiger an der deponirten Summe möglicherweise erlangt haben sollte. Anders nur, wenn der Gläubiger vor der Zahlung des Schuldners die vom Intervenienten deponirte Summe abgehoben hat — alsdann kann kein debitum vom Schuldner mehr gezahlt werden.

Läßt es aber der Schuldner zur Klage kommen und beruft sich dieser gegenüber auf das Angebot und die eingetretene mora accipiendi mit ihren Folgen (Verminderung der Haftung u. s. w.), so dürfte man hiergegen dem Gläubiger u. E. den Einwand des Dolus nicht vorenthalten, denn dolus ist es, erst dem Gläubiger die Annahme der Leistung des Dritten zu untersagen, und jenem hernach die Nachtheile aufbürden zu wollen, die ihn nur infolge der daraufhin unterbliebenen Annahme treffen können.

Erfordern wird man natürlich ein dem Gläubiger vor oder bei der Intervention bekannt gegebenes direktes Annahmeverbot, mag es nun spontan oder auf Veranlassung des Gläubigers erlassen sein. Kein Recht hat letzterer hingegen, sich gegenüber dem Zahlungsangebot erst noch Frist zur vorgängigen Befragung des Schuldners auszubitten, oder gar aus dem ihm damals unbekannt gebliebenen Widerspruch hernach Rechte bezw. Einreden herzuleiten. Ersteres ist nicht durch sein Interesse erfordert, und letzteres hat auf sein Verhalten keinen Einfluß ausüben können.

Ebensowenig wird man dem Gläubiger — dies gegen Sintenis und Gruchot — die Befugniß zubilligen, vom Zahlenden die Angabe der causa seines Angebotes zu verlangen. Dafür fehlt es an jedem Rechtsgrund: jene causa, ob mandatum, negotiorum gestio, donatio ist für ihn eine res inter alios acta und nur für die etwaigen Ersatzansprüche des Zahlenden zum Schuldner von Belang. Anders nur, soweit der Beweis der Anerkennung in Frage steht. Garantieen ferner, das Empfangene behalten zu

dürfen, hat der Gläubiger vom Dritten schwerlich mehr zu verlangen als vom zahlenden Selbstschuldner.

Zum Schluß noch eine Frage: wie ist es, wenn mehrere für den Schuldner interveniren? Dann hat der Gläubiger wohl die Wahl, wessen Angebot er annehmen wolle (so auch Cohn S. 1005); eine Pflicht, zu prüfen, wessen Zahlung den Schuldner mit den wenigsten Regreßansprüchen belastet, wird man ihm nicht aufbürden können. Besondere Bestimmungen gelten für die Ehrenzahlung im Wechselrecht, Art. 64 W.-O.: Der Vorzug gebührt danach demjenigen, durch dessen Zahlung die meisten Wechselverpflichteten befreit werden (vgl. auch Thöl, Wechselrecht, § 141, III, 2).

§ 12. Ist Zahlung im Namen des Schuldners erfordert?

Von einzelnen Schriftstellern ist behauptet worden, die Zahlung des Dritten müsse, um den Schuldner zu befreien, im Namen desselben erfolgt sein, da sie andernfalls nicht als Zahlung seiner Schuld angesehen werden könne. Dies vor allen von Chambon[84]), Mommsen[85]) und Zimmermann[86]); ferner anscheinend auch von Donellus[87]), wer nicht nomine debitoris, sondern suo nomine dederit, debitorem non liberat. Für diese Lehre sind angeführt oder könnten doch angeführt werden l. 17 D. XLVI, 3 und l. 28 D. XVII, 1:

a) Cassius ait, si cui pecuniam dedi, ut eam creditori meo solveret, si suo nomine dederit, neutrum liberari, me, quia non meo nomine data sit, illum, quia alienam dederit: ceterum mandati eum teneri. sed si creditor eos nummos sine dolo malo consumpsisset,

84) Negotiorum gestio, S. 149.

85) a. a. O. S. 158 fg.

86) a. a. O. S. 301.

87) a. a. O. cap. X, § 6.

is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur, ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur.“ (Pomponius.)

b) „Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.“ (Ulpianus.)

Trotz dieser Stellen können wir uns mit dem aufgestellten Erforderniß nicht befreunden. Freilich wird stets, um an schon Gesagtes anzuknüpfen, bei der Intervention irgendwie der Name des Schuldners und die Art der Schuld angegeben werden müssen; aber wir sehen nicht ein, wieso stets im Namen des Schuldners offerirt werden müsse oder auch nur könne. Schon gegen Jhering ist oben (§ 2) auf die Unthunlichkeit aufmerksam gemacht, in jedem Zahler fremder Schulden einen Stellvertreter zu erblicken. Soll andererseits der Wucherer — er braucht ja nicht nothwendig ein solcher im Sinne des Strafgesetzbuches zu sein — den Neffen noch belangen können, weil der Onkel bei der Zahlung der Schulden nicht vorsorglich im Namen seines hoffnungsvollen jungen Verwandten gezahlt hat?

Ein Mandatar oder Tutor kann freilich — nicht muß er — mit „offener Vollmacht“ auftreten; aber wie soll der Schenker, der offerirende Pfandgläubiger im Namen des Schuldners handeln, der ihn dazu, wie der Gläubiger meist aus der ganzen Sachlage entnehmen kann, gar nicht legitimirt hat? Es wäre eine hohle Komödie, in solchen Fällen ein jedes vernünftigen Sinnes baares Handeln in fremdem Namen zu erfordern. Das wahre Erforderniß ist demnach, wie dies auch eine Entscheidung des R.-O.-H.-G.[88]) treffend ausführt, nicht, daß im Namen, sondern daß contem-

88) Bd. XV, Nr. 69, S. 246.

platione des Schuldners d. h. mit Rücksicht auf dessen (vertragsmäßige) Verpflichtung und um sie zu tilgen, gezahlt sei.

Was nomine alicuius agere heißt, oder doch heißen kann, ist nicht sowohl nur „im Namen", als vielmehr auch weitergehend „im Interesse", „für Rechnung" eines andern handeln. Wir können in dieser Beziehung auf die überzeugenden Ausführungen von Schloßmann[89]) verweisen, bei dem auch das gesammte Quellenmaterial aufgeführt ist. Suo nomine solvere ist demgemäß in der Regel nichts weiter, als das Zahlen im eigenen Interesse auf eine eigene Schuld. Daß es daneben auch bedeutet „im eigenen Namen", ist selbstverständlich, auch werden wir davon noch Beispiele kennen lernen; hier genügt es, festzustellen, daß es auch den anderen, weiteren Sinn haben kann. Daher zahlt denn auch der Bürge, wenigstens in der Regel, suo nomine (cf. l. 38 § 3, l. 47 D. de cond. ind. XII, 6), weil er selbst neben dem Hauptschuldner verpflichtet ist und diese seine Verpflichtung durch die Zahlung tilgt.

Gerade l. 28 cit., statt gegen uns zu beweisen, spricht in bedeutsamer Weise für diese Auffassung. Beim Kreditauftrag befreit die Zahlung des Mandators den Debitor nicht ipso jure, weil jener „wegen seiner Mandatsverpflichtung und im eigenen Interesse" (propter mandatum suum et suo nomine)[90]) zahlt. Er hat eine ganz andere, durchaus selbständige, ältere Verpflichtung als der Hauptschuldner übernommen; wenn er zahlt, tilgt er damit zunächst wenigstens seine Schuld. Selbstverständlich zahlt er auch im eigenen Namen; aber daß dies formalistische Moment nicht das entscheidende ist, liegt auf der Hand. Schlimmstenfalls

89) Besitzerwerb durch Dritte, S. 38 fg., auch Grünhut's Zeitschr., Bd. IX, S. 554, N. 8.

90) cf. die in der Sache übereinstimmende l. 13 D. XLVI, 1. andere Stellen bei Sokolowski, Mandatsbürgschaft, S. 75.

würde die Stelle nur bekunden, daß der Schuldner aus der Zahlung des nicht in seinem Namen auftretenden Intervenienten nicht ipso iure, nicht aber, daß er überhaupt nicht befreit werde.

Ebensowenig beweist l. 17 cit. gegen uns. Jemand soll in meinem Auftrag meine Schuld begleichen, zahlt aber suo nomine und befreit mich deßhalb nicht. Dies aber sicherlich nicht, weil nicht in meinem Namen gezahlt ist, sondern weil gar nicht auf meine Rechnung, nicht contemplatione meiner Schuld. Auch der Beauftragte war Schuldner des Zahlungsempfängers und auf dieses eigene statt auf das fremde debitum hin richtet er treulos die Zahlung, freilich ohne durch die Hingabe fremden Geldes Befreiung zu erzielen. Dies ergiebt sich mit Evidenz aus den Worten „neutrum liberari" und „illum, quia alienam dederit". Denn wenn die Befreiung des Mandatars abgelehnt wird, so muß eine Schuld desselben an den Empfänger bestanden haben, von der er an sich hätte befreit werden können.

Wie wenig suo nomine bezw. alieno n. nothwendig heißt im eigenen bezw. fremden Namen, das ergiebt sich auch aus den Stellen, in denen das eine oder das andere vom zahlenden Erbschaftsbesitzer gesagt wird: wie soll dieser anders zahlen als im eigenen Namen? cf. unten § 18. So kann vor allem das suo nomine der l. 31 pr. D. V, 3 nur heißen „als Selbstschuldner", „auf eigene Rechnung". Wenn daher Hertz a. a. O. II, § 3 unter Bezugnahme auf diese Stelle und die l. 19 § 1 D. XII, 6 behauptet, die Zahlung des Dritten suo nomine liberiere den Schuldner nicht, so kann er unter s. n. solvere auch nur das „Zahlen als eigene Verpflichtung" verstehen.

Endlich fehlt auch bei l. 5 C. VIII, 42 (43) jeder Grund, das nomine debitoris anders zu verstehen; hier ist wohl mit dem Zusatz das Zahlen solvendi causa im Gegensatz

zu dem emendi causa angedeutet — nur ersteres geschieht „im Interesse, auf Rechnung" des Schuldners.

Ist das oben § 2 Erörterte richtig, so müssen wir sogar weiter gehen und sagen: die Fälle, in denen Jemand befugter Weise im Namen des eigentlichen Schuldners zahlt, enthalten nur Fälle von Zahlung durch Stellvertreter; ein Zahlen fremder Schulden im eigentlichen Sinne und Handeln im fremden Namen schließen sich geradezu aus.

II. Wirkungen.

a) Die normalen Wirkungen.

§ 13. Die Tilgung der Schuld und ihre Bedeutung.

Die vornehmlichste Absicht des Zahlenden und entsprechend die bedeutsamste Wirkung der Zahlung des debitum alienum ist die Befreiung des Schuldners. Da sie neben ihrer Bedeutung für das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner auch für die Stellung des ersteren zum Zahlenden von Belang ist, so mag schon hier darauf eingegangen werden.

Es ist schon a priori anzunehmen, daß die Zahlung der fremden Schuld eine völlige Befreiung des Hauptschuldners bewirkt, daß sie mindestens dieselbe Kraft hat, wie sie doch dem bloßen Versprechen fremder Schulden in den Quellen bekanntlich eingeräumt wird, so in l. 8 i. f. Dig. XLVI, 2: liberat me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. Wirkt aber die Befreiung in unserem Fall ipso iure oder nur ope exceptionis? Wir würden diese Frage schwerlich aufgeworfen haben, wenn nicht durch Donellus, anscheinend unter Zustimmung seines Gegners Madai, die Behauptung aufgestellt wäre, die Schuld werde hier nur per exceptionem beseitigt, eine Behauptung,

auf die jener seine ganze oben kritisirte Theorie aufgebaut hat. Gründe für seine Annahme giebt Donellus nun an jener Stelle nicht und es erscheint uns schwer, solche herauszufinden. An sich ist nicht einzusehen, warum in den dazu qualifizirten Fällen die Zahlung des Dritten mit schwächerer Wirkung bekleidet sein solle als die des Schuldners selbst. Die Quellen sprechen auch dort kurzerhand von einem liberari des Schuldners, worunter wenigstens im Zweifel eine völlige Befreiung verstanden werden muß. l. 17 cit. de solut. läßt nur deßhalb kein „liberari" eintreten, weil der Zahlende seine eigene Schuld tilgen will, woraus sich a contrario folgern läßt, daß entgegengesetzten Falls Befreiung eingetreten sein würde.

Aber auch ein noch direkterer Beweis dürfte nicht schwer fallen, wenn wir l. 28 cit. mand. in's Auge fassen. Hier wird keine ipso iure — Befreiung des Hauptschuldners angenommen, weil der Mandant zunächst seine eigene Schuld tilgen will. Daraus läßt sich doch wohl umgekehrt entnehmen: wer des Schuldners wegen zahlt und nicht die Tilgung eigener Schuld bezweckt, der muß jenen ipso iure befreien und benöthigt keiner cessio actionis, um sich vom Schuldner (mit der Mandats- oder Geschäftsführungsklage) Ersatz zu verschaffen. Daß dem Zahler fremder Schulden ein solcher Ersatzanspruch ohne weiteres zusteht, ist durch sichere Quellenbelege erweislich, cf. l. 48 (49) D. III, 5; l. 12 C. II, 18 (19). Wenn nun Papinian dem Mandanten um deßwillen, weil er durch die Zahlung den Hauptschuldner nicht ipso iure befreit, die Nothwendigkeit auferlegt, sich zur Erlangung eines Regreßanspruches die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner cediren zu lassen, so folgt daraus, daß der Zahler einer fremden Schuld, der dieses Umweges nicht bedarf, den Schuldner ipso iure befreit haben muß.

Ganz anders freilich denkt sich Jhering in Konsequenz

seiner Grundauffassung die Wirkung. Nur das liberirt ja nach ihm den Schuldner, daß es nicht ein beliebiger Dritter, sondern wenn auch durch dessen Vermittlung der Schuldner selbst ist, der zahlt (S. 95). Darum, heißt es Nr. 37, bleibt ipso iure der Schuldner selbst dann (!) haftbar, wenn der Gläubiger bei der Verbürgung in Form des Kreditauftrags den Bürgen oder Mandatar zur Zahlung gezwungen hat, l. 28 cit.

Alle die Fälle also, die uns allein als wahre Fälle der Zahlung fremder Schulden erscheinen, befreien nach Jhering den Schuldner mindestens nicht direkt. Diejenigen nämlich, in denen der Zahlende nicht als Stellvertreter auftrat. Dagegen bleibt zunächst die Frage offen, ob und warum die für den Schuldner nicht in Betracht kommende beziehungslose Zahlung ihn doch indirekt, ope exceptionis, befreien soll: dafür ist denn doch schwer ein Grund aufzufinden!

Wenn in l. 28 cit. die direkte Wirkung der Zahlung des Mandanten negirt wird, so haben wir dafür bereits einen ganz anderen Grund angegeben als Jhering — nicht den, daß jener nicht als Vertreter handelt, sondern daß er eine eigene Schuld zahlt. Hier bleibt freilich ein Bedenken offen: auch der fideiussor, so wird man sagen, tilgt mit seiner Zahlung ipso iure den Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Gerade letzteres ist freilich erst allerneuestens wieder von O. Geib in seiner anregenden und fördernden Arbeit über die Bürgschaft[91]) lebhaft bestritten worden — aber er wird damit schwerlich auf allgemeine Beistimmung rechnen dürfen. Seine Gründe sind, daß nur die debitoris nomine geschehene Zahlung eines Dritten den Schuldner befreie, ein Satz, der nur bei vollständiger Identität mehrerer Obligationen in Wegfall käme. Eine solche Identität ist aber nach Geib zwischen Haupt- und Bürg-

91) Zur Dogmatik des Römischen Bürgschaftsrechts 1894, S. 73, 150; Litteratur S. 72, N. 4.

schaftsschuld nicht vorhanden; es handelt sich bei dieser nicht um ein eigentliches, sondern nur um ein accessorisches idem. Daher verpflichtet sich der Bürge nicht nothwendig auf idem, sondern möglicherweise auch nur auf id[92]); daher sind Hauptschuldner und fideiussor auch keine Korreal- oder Solidarschuldner.

Wir haben schon oben § 12 festgestellt, daß das „nomine debitoris solvere", das zum Eintritt der Befreiung des Hauptschuldners erfordert wird, häufig nichts heißt als im Interesse, auf Rechnung des Schuldners. In einer solchen Weise **kann** nach den Quellen der fideiussor jedenfalls zahlen (cf. l. 47 D. XII, 6), wenn er es auch nicht stets thut — er ist ja selbst gleichfalls Schuldner und wird vielleicht in der Regel zunächst im eigenen Interesse, zwecks Tilgung des eigenen debitum, die Zahlung leisten. Aber auch für diesen Fall möchten wir gegenüber **Geib** an der ipso iure-Wirkung festhalten, wegen der trotz alledem anzunehmenden Identität der beiderseitigen Obligationen. Der fideiussor verpflichtet sich auf **idem** wie der Hauptschuldner, die Form des **id** ist doch davon offensichtlich nur eine Abschleifung, die erst der Zeit des verwildernden Sprachgebrauches angehört; sein Versprechen rückt damit dem Korrealverpflichtungsakt mindestens sehr nahe; beide Verpflichtungen stehen sich daher doch auf alle Fälle näher als die der bloßen Solidarschuldner. Nicht nur der **Zweck** ist ihnen wie diesen, wenigstens vom Standpunkt des Gläubigers aus, identisch, sondern es tritt noch das formelle Moment des versprochenen „idem", die Einheit fördernd, hinzu.

Eine solche formelle Identität der Obligationen fehlt beim Kreditmandat. Hier sind die Klagen und Verpflichtungsgründe normalerweise sehr verschieden; der Mandant haftet aus dem selbständigen Kausalgeschäft des Auftrags mit der

---

92) a. a. O. S. 37.

actio mandati, der debitor etwa mit der condictio certi oder der actio venditi.

Dieser formelle Grund wird von Hartmann[93]) sehr gut ausgeführt: l. 28 cit. und die andern eine ipso iure-Tilgung der Hauptschuld läugnenden Stellen[94]) ständen im Gegensatz zum Recht der fideiussio.

> „Weil diese mandati actio nicht accessorisch auf idem ging, sondern ganz selbständig für das Interesse der Schadloshaltung als solches aufgebaut ist, konnte hier der debitor nur indirekt, kraft in iure ausgewirkter doli exceptio, auf die Zahlung des mandator sich berufen. Andererseits war deshalb von vornherein außer Zweifel, daß der mandator auch nach schon erfolgter Zahlung Klagencession seitens des creditor fordern konnte."

Vielleicht würde nun freilich, wie bei den Solidarobligationen, die Rücksicht auf die Identität des Zweckes die Römer trotz Verschiedenheit der causa hier eine gesammtzerstörliche Wirkung der Zahlung des Mandanten haben annehmen lassen, wenn nur eine solche völlige Erledigung des Zweckes vorhanden gewesen wäre. Daß dem aber nicht so war, das ergeben folgende Erwägungen.

Wie schon Sokolowski[95]) angedeutet hat, gaben die älteren Juristen dem Mandator als solchem anscheinend noch keine Regreßklage gegen den debitor:

> „wir finden weder bei Papinian noch bei seinen Vorgängern Julian und Gaius einen Hinweis darauf, daß sie neben der actio cessa dem Mandator noch einen Rück-

93) Obligation, S. 47 N.

94) Hierher gehört vor allem noch l. 95 § 10 D. 46, 3) Papinianus): „mandatore convento et damnato quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat." cf. auch l. 95, § 11 das.

95) Mandatsbürgschaft, S. 89.

griff durch actio mandati contraria gegen den Hauptschuldner eingeräumt hätten."

Erst die späteren Juristen gaben eine Regreßklage aus Mandat oder negotiorum gestio „wo es irgend thunlich erscheint"; aber auch jetzt noch finden sich manche Fälle, in denen diese Regreßklagen nicht zum Ziele führen, aufgezählt bei Sokolowski, S. 90.

So war denn für Papinian, von dem l. 95 cit. herstammt und dem inhaltlich auch die alleinige Urheberschaft der von Ulpian lediglich referirten l. 28 cit. gebührt, und für seine Gesinnungsgenossen, in gewissen Ausnahmefällen sogar noch für die späteren Juristen, die cessio actionis seitens des creditor das einzige Mittel, um dem Mandator die Rückforderung seiner Aufwendungen vom debitor zu ermöglichen. Um sie cediren zu können, mußte aber, mindestens für die damalige Anschauung[96]), der Gläubiger die Klage noch selbst haben; der Zweck derselben war also durch die Zahlung des mandator zwar in der Person des Gläubigers, aber noch nicht für ihre weitere Funktion, den Regreß zu vermitteln, erschöpft — er war sozusagen zwar subjektiv, aber nicht objektiv erledigt. Wäre dem Gläubiger zu Liebe die actio noch aufrecht erhalten, so wäre es widersinnig, ihn an der Geltendmachung per exceptionem doch noch zu hindern; so muß das Recht wohl andere Zwecke damit verfolgt haben. Gerade der Umstand, daß beim mandator von Papinian die Zulässigkeit der cessio actionis mit der größten Unbefangenheit gelehrt wird, während sich das beneficium cedendarum actionum des Fidejussor erst nach schweren Kämpfen bei den spätklassischen Juristen allgemeine Anerkennung verschaffen konnte, muß doch daraufhin führen, daß ihr im letzteren Fall gewichtige Bedenken entgegenstanden, die den ersteren nicht trafen. Das erklärt sich nach un-

96) Lag doch damals das beneficium cedendarum actionum des zahlenden fideiussor noch in den Windeln!

serer Ansicht leicht: trotz der Zahlung des Mandators bestand der Anspruch gegen den Hauptschuldner noch fort, nicht aber trotz der des fideiussor.

Letzterer hatte aber auch eine solche cessio weit weniger nöthig als ersterer, für seinen Regreß hatte das Römische Recht schon von jeher durch Verleihung entsprechender Klagen gesorgt, die dem Mandator nach unserer Darstellung zunächst fehlten.

Vom Standpunkt des Justinianischen Rechts ergiebt sich die ipso iure-Wirkung der Zahlung des fideiussor unmittelbar aus dem pr. J. III, 29. Hier heißt es, obligatio tollitur solutione eius quod debetur. Dabei ist zweifellos von einer ipso iure eintretenden Befreiung die Rede. Wenn es nun keinen Unterschied macht, wie man dort weiter liest, ob Schuldner zahlt oder für ihn ein anderer, so muß die ipso iure-Wirkung folgerecht auch in letzterem Fall eintreten. Endlich heißt es:

> „item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur, idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus."

Daß alles dies nur von einer vollständigen Befreiung des Hauptschuldners verstanden werden kann, wird füglich Niemand in Abrede stellen wollen.

Freilich nur unter denselben Voraussetzungen kann die Zahlung des Dritten den Schuldner ipso iure befreien, wo die solutio als solche dies überhaupt vermag. Dies gilt vor allem:

> „für eine Zeit, wo die solutio eius quod debetur noch nicht als der normale, allen Obligationen gemeinschaftliche Tilgungsmodus in Betracht kam" [97]),

97) Geib a. a. O. S. 72.

wo also z. B. der Klage aus der Stipulation gegenüber die Berufung auf die geschehene reale Zahlung, der keine acceptilatio gefolgt war, nur per exceptionem (solutionis) wirken konnte.

Wie der Zahlung überhaupt, so können auch der durch den Dritten geschehenden gewisse Einschränkungen hinzugefügt werden, seien es Bedingungen, seien es lediglich obligatorisch wirkende Nebenabreden. Es tritt dann ersteren Falls die Befreiung des Schuldners erst condicione existente ein, jedoch wird der Klage des Gläubigers gegen ihn in der Zwischenzeit zweifellos eine exceptio doli entgegengesetzt werden können. Im zweiten Fall kann die Zahlung bei gegebener Veranlassung mit einer condictio causa data causa non secuta wieder zurückgefordert werden. Dagegen begründet die bloße Vernichtung des nicht zur Bedingung, bezw. für die Anhänger der Windscheid'schen Lehre, zur Voraussetzung, erhobenen Motivs eine Rückforderungsklage, wie allgemein, so auch hier nicht.

Ueber diese Fragen verbreiten sich zwei neuere Entscheidungen in Seuffert's Archiv:

a) Bd. XLVI, Nr. 23, S. 37:

Kommt der Zweck, den der Zahlende mit der Zahlung der fremden Schuld zu erreichen sucht — in casu frühere Verheirathung der Zahlenden mit dem Schuldner — nicht zu Stande, so ist deshalb im Allgemeinen gegen den Gläubiger kein Rückforderungsrecht, nur wenn die Zahlung unter der Bedingung oder Voraussetzung gemacht ist, daß nur für den Fall des Eintritts jenes Zweckes die Zahlung Giltigkeit haben sollte, eine condictio causa data causa non secuta am Platze.

b) Bd. XLVIII, Nr. 34, S. 50:

Jemand hatte für einen andern 500 Mark gezahlt, stellte späterhin aber die condictio c. d. c. n. s. an unter der Behauptung, daß der Beklagte seinerseits einen mit dem

Schuldner geschlossenen Vergleich nicht erfüllt habe. Die Klage ward (mit Recht!) abgewiesen:

„niemals kann derjenige, der eine fremde Schuld bezahlt hat, von dem Empfänger den gezahlten Betrag um deswillen kondiziren, weil dieser seine Verpflichtungen aus einem Vertrage nicht erfüllt habe. Wegen dieser Gegenleistung ist er nur dem andern Vertragskontrahenten Rechenschaft schuldig; nicht dem Dritten, der für den letzteren eine Zahlung geleistet hat."

Anders wäre zu entscheiden, wenn unter der erkennbaren Voraussetzung eines bestimmten Verhaltens dem Schuldner gegenüber — etwa Rückgabe von Pfand- oder Schuldschein — geleistet wäre (Urtheil des O.-L.-G. Hamburg vom 22. Juni 1892).

Es fragt sich nun, ob der dritte Zahler gegen den Gläubiger Ansprüche habe auf etwaige Vornahme eines Erlaßaktes (acceptilatio), auf Quittung, Herausgabe der Schuldscheine und Pfänder? Diese Fragen sind in der Litteratur trotz ihrer unleugbaren Wichtigkeit bislang kaum berührt.

Einen Anspruch auf Quittung wird man zunächst wohl zweifellos dem Zahlenden unter denselben Voraussetzungen zuzubilligen haben, wie er dem zahlenden Schuldner zusteht. Ist doch die ratio in beiden Fällen dieselbe. Zwar dient die Quittung dem Dritten nicht, wie dem eigentlichen Schuldner, um sich gegen eine neue Klage sicherzustellen, wohl aber dazu, um dem Schuldner gegenüber sofort den Beweis der geschehenen Zahlung führen zu können und sein Regreßrecht zu stützen, etwa auch, wenn er dem Schuldner gegenüber sich zur Vornahme der Zahlung verpflichtet hatte, um sich gegen eine Klage desselben zu sichern. Ist bei der Zahlung keine Quittung gegeben, so wird dem Intervenienten auch ein selbständiger Anspruch auf Ausstellung einer solchen nicht abzusprechen sein. Ob dies alles dem Römischen Recht angehört, ist gleichgiltig, da das Recht auf Quit-

tung auf alle Fälle durch gemeines Gewohnheitsrecht eingeführt ist[98]).

Anders steht es mit der Herausgabe der Schuldurkunden. Auf sie hat der Zahlende mangels jeglichen Rechtsgrundes keinen Anspruch, wenigstens soweit ihm die Klage des Gläubigers nicht durch gesetzliche oder freiwillige Cession überwiesen ist, bezw. ihre Uebertragung auf ihn erzwungen werden kann, wozu das Gemeine Recht keine Handhabe bietet. Abgesehen von diesen Fällen ist der Zahlende an ihrer Erlangung auch schwerlich interessirt, da er den Beweis der geschehenen Zahlung anderweitig — durch Vorlegung der Quittung bezw. durch das Zeugniß des abgefundenen Gläubigers — führen kann, wenn er den Schuldner in Anspruch nimmt. Der Gläubiger andererseits wird sich nicht entbrechen können, dem Schuldner auf Erfordern die Urkunden zurückzugeben, da sie sich nach der Auszahlung sine causa bei ihm befinden.

Hierhin gehört die Entscheidung bei Seuffert, Bd. XXVIII, Nr. 155, O.-A.-G. Rostock vom 14. Juli 1873. Jemand hatte eine fremde Wechselschuld bezahlt und forderte nun vom Gläubiger den Wechsel heraus. Dieser weigerte sich dessen, weil er dem Kläger gegenüber dazu nicht verpflichtet sei, vielmehr nur dem liberirten Wechselschuldner über den Verbleib der Urkunde Rechenschaft zu geben habe. Die Klage ward abgewiesen, weil die Voraussetzungen der Ehrenzahlung — nämlich vorausgegangene Präsentation des Wechsels — nicht vorlägen und nur dem Ehrenzahler nach Art. 63 W.-O. der geltend gemachte Anspruch zustehe. Die Klage könne sich also nicht auf wechselrechtliche Grundsätze, sondern nur auf die negotiorum gestio stützen; letztere reiche aber zu ihrer Begründung nicht aus, weil der befreite Schuldner die Urkunde kondiziren könne, und sich der Gläu-

---

98) cf. Dernburg, Pandekten II, § 55, 5.

biger folgeweise durch Herausgabe des Wechsels an den zur Empfangnahme nicht legitimirten Kläger gefährden würde.

Freilich entgeht dem Gerichtshof ein gewichtiges Bedenken nicht: der Gläubiger kann den Wechsel inzwischen durch Weitergeben mißbrauchen. Das beweist aber, daß dem aus dem Wechsel Verpflichteten nach seiner Befreiung ein Anspruch auf Rückgabe gewährt werden muß.

Ebensowenig kann der Zahlende die Herausgabe etwaiger Pfänder verlangen; will er nur gegen ihre Hingabe die Zahlung leisten, so ist Gläubiger zur Annahmeverweigerung berechtigt. Das hat das Reichsgericht in einer preußischen, aber auch gemeinrechtlich beachtbaren Entscheidung[99]) ausgeführt:

„Der Gläubiger ist nach dem Gesetz berechtigt, einem Dritten, welcher ihm freiwillig Zahlung der Principalschuld anbietet, deren Annahme jedenfalls dann zu verweigern, wenn der Zahlungsofferent nicht entweder auf Verlangen des Gläubigers auf Uebertragung der Nebenrechte, mit welchen (einseitig nicht lösbare) Pflichten des Gläubigers verbunden sind, verzichtet, oder die Einwilligung des Schuldners (in einer für Freilassung des Gläubigers aus jenen Pflichten gesetzlich genügenden Weise) beschafft."

Dem zahlenden Nichtschuldner insbesondere ein etwa bestelltes Pfand herauszugeben, dazu ist der Gläubiger nicht berechtigt und setzt sich dadurch, wie in casu entschieden wurde, der actio pignoraticia directa des Schuldners aus.

Hat fernerhin der Zahlende Anspruch auf formellen Erlaß der Schuld? Sicherlich nicht ex sua persona, denn er war ja gar nicht verpflichtet, ihm kann also auch nichts erlassen werden. Die Schuld des Dritten aber dem Zahlenden gegenüber, etwa durch acceptilatio, zu erlassen, dazu

---

99) Bd. VII, S. 197.

liegt im Allgemeinen weder Veranlassung vor, noch ist es überhaupt möglich. Indes kann bei Einigkeit des Zahlenden mit dem Gläubiger nach dem Vorbild der l. 91 cit. de solut. auf einem Umwege in den geeigneten Fällen Rath geschaffen werden[100]). Der Zahlende nimmt zuerst die Schuld durch Expromission auf sich und schließt sodann mit dem Gläubiger bezüglich dieser nunmehr ihn belastenden Schuld durch acceptilatio oder sonstwie einen Erlaßvertrag. „Er muß also zuerst selbst Schuldner werden und dann sich selbst befreien: ita fiet, ut tertius novatione, primus acceptilatione liberetur, könnte man mit Veränderung der Schlußworte der l. 13 § 10 D. XLVI, 4 sagen" (Unger a. a. O.).

Besteht fernerhin ein Anspruch des Zahlenden auf cessio actionis? Die verneinende Antwort ist für das Gemeine Recht bekannt und zum Ueberfluß durch die bisherige Darstellung schon wiederholt gegeben. Und mit einer Zahlung solvendi animo erscheint ein solcher Anspruch auch innerlich schwer vereinbar. Noch weniger ist dem Römischen und Gemeinen Recht gar eine gesetzliche Cession des gezahlten Anspruches geläufig. Darüber erklärt sich l. 5 C. VIII, 42 (43):

„Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo, quod debitam ei quantitatem offerens ius obligationis in te transferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras, licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio."

Gegen eine gesetzliche Cession spricht sich auch de lege ferenda Cohn[101]) mit Entschiedenheit aus; zu erwähnen sind nicht minder die guten Bemerkungen Unger's bei Grünhut XV, S. 534:

Wer für einen andern zahlt, hat häufig nicht die Absicht,

---

100) cf. auch Unger in Ihering's Jahrb., Bd. X, S. 52.

101) a. a. O. S. 1005.

um diesen Preis die Forderung an sich zu bringen, sondern häufig lediglich die Absicht, den Schuldner zu befreien. Allerdings steht ihm häufig ein Regreßanspruch zu, läßt man aber die Forderung ipso iure auf ihn übergehen, so geräth man in den inneren Widerspruch, daß dieser Anspruch eben erst aus der Tilgung der Schuld entsteht, und die Schuld nun dennoch nicht getilgt ist, vielmehr nur ein persönlicher Wechsel stattgefunden hat.

Freilich hat das Römische Recht eine Anzahl Ausnahmen anerkannt[102]). Diesen Charakter tragen aber keineswegs alle Fälle der cessio necessaria, vor allem nicht die, wo der Anspruch auf die Cession ein vertragsmäßiger ist. Es scheiden ferner in gewissem Sinne die Fälle des beneficium cedendarum actionum aus — bei ihnen wird erstlich der Anspruch nur in der Defensive geltend gemacht, und zweitens sind es keine Fälle der Zahlung fremder Schulden (oben § 3).

Es verbleiben somit eigentlich nur noch die bekannten pfandrechtlichen Fälle, wie der des ius offerendi und des Abfindungsrechtes des dritten Besitzes der Pfandsache. Aber auch bei der sog. „hypothekarischen Succession" ist es sehr bestritten, ob wirklich ein Anspruch auf Cession der gezahlten Schuld vorhanden ist, oder ob sich nur an den selbständigen, neu entstandenen Regreßanspruch als einzige Besonderheit gewisse Nebenrechte der abgetragenen Schuld (bezw. deren Pfandrecht) anknüpfen.

Eine erschöpfende Erörterung dieser berühmten Streitfrage liegt uns hier fern; jedoch werden wir ihr um deswillen ein paar Worte widmen müssen, weil die Fälle der „hypothekarischen Succession" auf alle Fälle ihre Besonderheit haben, mag man diese nun in dem erzwingbaren Eintritt in das Forderungs- und Pfandrecht des abzufindenden

102) Die einzelnen Fälle sind aufgezählt bei Mühlenbruch, Cession, Aufl. 3, S. 418, 486.

Gläubigers, oder nur im Eintritt in letzteres allein finden wollen. Nur wer mit Dernburg annimmt, daß sowohl die Forderung des Offerenten, wie das ihm erwachsende Pfandrecht ein neues seien, kann darin nichts Besonderes finden.

Unseres Erachtens ist nur der Meinung der Vorzug zu geben, nach welcher bei Ausübung des ius offerendi zwar das Pfandrecht, nicht aber zugleich der persönliche Anspruch auf den Offerenten übergeht[103]). Denn eine cessio legitima oder eine necessaria wird für diesen Fall von den Quellen gar nicht erwähnt; sie würde aber für das Römische Recht, welches selbst beim Korrealschuldner und Bürgen ein beneficium cedendarum actiorum zum Theil nur zögernd und eben als besonderes beneficium anerkannt hat, nur als positives Ausnahmerecht und bei zweifelsfreiem Nachweis angenommen werden. Ferner sprechen die Quellen von einer solutio des Offerenten; ein solutio bedeutet aber die Tilgung der Obligation (l. 54 D. tit. XLVI, 3), nicht den äußeren Akt des Aufzählens der Geldmünzen; wo Erwerb der Forderung beabsichtigt wird, da bezeichnen sie das lieber als emere des nomen — l. 36 D. XLVI, 1: non in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit. Für unsere Meinung spricht insbesondere auch der Wortlaut der l. 1 C. VIII, 17, durch die das ius offerendi wahrscheinlich eingeführt ist — si pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit.

Endlich: auch die Oblation kann eine verschiedene causa haben — Mandat, Negotiorum Gestio u. dergl. — deren Verschiedenheiten auch auf den Anspruch des Offerirenden zum Schuldner influiren. Wie könnte aber auf diese causae Rücksicht genommen werden, wenn der Abfindende

---

103) Wir nehmen Bezug auf die überzeugenden Ausführungen in der neuesten Bearbeitung dieser Lehre von Regely (Berl. Diss., 1893, S. 42 fg.).

unterschiedslos gerade die Klage des befriedigten Gläubigers erhielte? Wir müssen vielmehr annehmen, daß die Regreßklage des Offerenten im Zweifel die actio negotiorum gestorum ist, eine Annahme, die wir mit Regelsberger und Voß[104]) theilen. Hiergegen kann der Umstand, daß der Gläubiger bei der Oblation zugleich oder sogar vorwiegend im eigenen Interesse handelt, nicht angeführt werden. Denn, wie erst unlängst Thon[105]) bei Besprechung eines besonderen Falles dargethan hat, wird durch eine solche Gemeinschaftlichkeit des Interesses die Zuständigkeit der Geschäftsführungsklage nicht beeinträchtigt. Keinen Gegengrund wird man in dem Wortlaut der l. 20 § 6 D. XX, 4 — non alienum negotium gessit, sed magis suum — finden dürfen, und wenn sie bestimmt, daß der Offerent von den neben der Hauptforderung gezahlten Zinsen ebensowenig wieder Zinsen einfordern dürfe, wie es der Abgefundene gedurft hätte, so folgt daraus noch lange nicht der Uebergang der Forderung. Es erklärt sich dies vielmehr (cf. Voß a. a. O.) aus dem Recht der negotiorum gestio — denn nur insofern ist der Schuldner bereichert, als er ohne die Abfindung im Moment der Zahlung dem Gläubiger hätte leisten müssen.

Aehnlich dürften die andern Fälle der hypothekarischen Succession zu konstruiren sein. Anders steht es mit der Befugniß des bonae fidei possessor des Pfandobjekts, gegen Auszahlung des Gläubigers dessen Recht in Anspruch zu nehmen; dieser Fall steht dem beneficium cedendarum actionum des Bürgen analog, l. 19 D. XX, 4:

> „quaero an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere. respondi posse videri non iniustum postulare."

Auch hier findet sich folgerecht keinerlei klagbarer Anspruch

104) Ihering's Jahrb., Bd. XV S. 353. Aehnlich auch Dernburg, Pfandrecht II, S. 518.

105) Archiv f. civ. Pr. LXXX, S. 64 fg.

auf Cession, sondern nur der verklagte Besitzer kann in der Defensive ein entsprechendes Ansinnen stellen.

Ueber deutsches Pfandrecht giebt uns Stobbe[106]) folgende hierher gehörigen Aufschlüsse: Es giebt hier Fälle, wo der Gläubiger zur Uebertragung seiner Forderung auf andere verpflichtet ist; so kann ein Gläubiger, der durch Pfändung keine Befriedigung findet, eine andere vom Schuldner Jemandem verpfändete Sache gegen Auszahlung der betreffenden Schuld an sich bringen und dadurch sowohl seine eigene wie die durch Einlösung erworbene Forderung sicher zu stellen versuchen.

Als letzte Frage mag hier noch die aufgeworfen werden, ob der abgefundene Gläubiger für die Realisirung des Regreßanspruches des Zahlenden haftbar sei? Die Antwort ist bei der Zahlung solvendi animo ein reines „Nein", da ja gar nicht der Anspruch des Gläubigers übergeht, sondern der Zahlende einen neuen selbständigen Anspruch erwirbt. Anders nur, wenn der Gläubiger besondere Garantien übernommen oder den Intervenienten durch Vorspiegelung falscher Thatsachen zu seiner Zahlung veranlaßt hat.

Ist dagegen die Zahlung emendi animo erfolgt, die Forderung also cedirt, so entscheiden die bekannten Grundsätze über die Haftung des Cedenten, wie sie uns jedes Kompendium angibt.

b) Mängel des Geschäftes.

§ 14. Allgemeines.

Ueber persönliche und Willensmängel ist nichts Besonderes zu sagen; es gelten die allgemeinen Grundsätze. War also der Zahlende verpflichtungsunfähig, oder zahlte er einem andern Gläubiger, als er zahlen wollte, oder handelte er unter dem Einfluß von Zwang oder Betrug — es war ihm

---

106) Goldschmidt's Zeitschr., Bd. XI, S. 406.

etwa eine gefälschte Anweisung des Schuldners vorgelegt: stets ist die Zahlung rechtsungiltig, d. h. je nachdem nichtig oder anfechtbar. Die gegebenen Objekte können also im ersten Fall vindizirt oder, nach eingetretener Konsumtion, kondizirt werden; im zweiten Fall sind die entsprechenden Anfechtungsklagen am Platze.

Wichtige und schwierige Fragen erheben sich aber, sobald in der Zahlung ein indebitum geleistet ist. Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

a) Die bezahlte Schuld bestand nicht, oder war mit exceptio behaftet.

b) Der Zahlende hielt sich irrthümlich dem Schuldner oder Gläubiger gegenüber zur Zahlung der fremden Schuld für verpflichtet.

c) Der Zahlende hielt sich irrthümlich selbst für den Schuldner.

Ueber diese Punkte ist in der Litteratur verhältnißmäßig am meisten geschrieben und gestritten worden, ohne daß eine Uebereinstimmung der Ansichten erzielt wäre.

Wir wollen nun diese drei Fälle im Nachstehenden gesondert untersuchen.

§ 15. a) Die gezahlte Schuld bestand nicht.

Der Gläubiger hat in der gezahlten Nichtschuld eine ungerechtfertigte Bereicherung erhalten, die ihm entrissen werden muß. Aber wem steht die condictio indebiti zu? Hier finden sich zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach der einen hat stets der Schuldner die condictio; nach der zweiten an sich der Intervenient, und der Schuldner nur dann, wenn jener ihm zur Zahlung verpflichtet war — sei es als Mandatar, als Tutor, als Negotiorum Gestor bei erfolgender Genehmigung.

Beiden gegenüber geht die Ansicht des Verfassers dahin, daß der eigentliche dritte Zahler einer fremden Nichtschuld

stets die condictio hat, wogegen diese bei einer bloßen Zahlung durch Stellvertreter dem dominus zusteht. Das kommt mit der zweiten Meinung in der Sache ziemlich überein; verschieden ist hauptsächlich nur die Formulirung.

Jene erste Ansicht ist von Ihering[107]) in Konsequenz seiner Anschauung, wonach der Zahlende im Rechtssinne stets als bloßer Vertreter des Schuldners gilt, aufgestellt worden.

Die zweite ist die allgemein herrschende; sie findet sich schon bei den älteren vertreten, so bei Hert[108]), der ausführt, in den beregten Fällen sei der wahre Kontrahent der Herr, während der Zahlende ministerium tantummodo praestare intelligitur. Neuerdings ist sie vertreten bei Brinz[109]), bei Windscheid[110]), ferner bei Kindel[111]); ihre Vertheidigung Ihering gegenüber haben Zimmermann[112]) und Schloßmann[113]) übernommen.

Es ist zunächst auf die Quellenstellen einzugehen, was für uns um so gebotener erscheint, als erst durch ihre Prüfung unsere Polemik gegen Ihering in § 2 über die rechtliche Natur der Zahlung fremder Schulden endgiltig entschieden werden kann — sollten wir in dem vorliegenden Punkt geschlagen werden, so strecken wir ohne weiteres vor dem verehrten Gegner die Waffen.

Dieser beruft sich zunächst auf die l. 6 § 3 D. XII, 6:

„Julianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.“

---

107) Jahrb., Bd. II, a. a. O.

108) a. a. O. sect. I, § 6.

109) Kritische Blätter III, S. 27 fg.

110) § 313, N. 6, indem er sagt, daß die cond. ind. demjenigen, auf dessen Namen gezahlt wird, wenn der Zahlende ihm die geleistete Zahlung anrechnen will, nicht ohne seinen Willen erworben wird.

111) Rechtsgeschäft u. s. Rechtsgrund, S. 170.

112) Stellvertretende negotiorum gestio, S. 302 fg.

113) Grünhut's Zeitschr. IX, S. 554 fg.

Dies indeß sicherlich nicht mit Recht. Entweder die Stelle redet wirklich von der condictio indebiti. Dann aber steht sie[114]) wenigstens hinsichtlich des procurator in Widerspruch zum principium derselben lex:

„si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit."

Denn hier ist das repeti zweifellos von einem Zurückfordern seitens des Vertreters zu verstehen, schon deshalb, weil auch das folgende „quodsi debitum fuisset, non posse repeti" nur von der Ablehnung eines Rückforderungsrechtes seitens desselben verstanden werden kann. Dann muß man entweder dem principium Recht geben, das jedenfalls nicht allein steht, sondern mit den gleich zu besprechenden ll. 18 D. XIII, 1, 47 D. XII, 6 und 80 (81) D. XLVII, 2 harmonirt. Oder man muß an einen etwas verschobenen Thatbestand denken und sagen: im Allgemeinen zwar hat der procurator keine Befugniß zur Zahlung eines indebitum, es kann aber Fälle geben, in denen das indebitum schon vom Herrn — durch Zinszahlung, Anerkennung ꝛc. — als debitum behandelt war, vielleicht auf Urkunden gestützt ist, deren Unechtheit sich erst später erweisen läßt. In diesen Fällen erscheint es hart, den procurator, der doch den faktischen Zustand des Vermögens zur Zeit seines Verwaltungsantrittes seiner Verwaltung zu Grunde legen muß, für die Zahlung eines solchen indebitum verantwortlich zu machen. Alsdann trifft vielmehr die Zahlung das Vermögen des Herrn, und ihm steht daher dann auch die Rückforderung zu. Es ist jedenfalls möglich, daß § 3 cit. an derartige Eventualitäten gedacht hat.

Indes ist — und darin liegt die zweite Alternative — von Donellus[115]) und Schloßmann[116]) mit

114) a. a. O. S. 308, N. 412.

115) Comm. lib. XIV, cap. 18, § 4. „In extremo, cum procura-

guten Gründen bestritten worden, daß der § 3 überhaupt von der condictio indebiti handle.

Nach dieser Auffassung würde die Stelle nur besagen: Zahlen procurator oder tutor für ihren dominus, so können sie das Gezahlte nicht deshalb zurückfordern, weil es für sie ein indebitum war. Dies ist selbstverständlich für den Fall, daß sie mit Gelde des Vertretenen gezahlt haben; es ist aber auch — und das betont Julian — nicht minder richtig für den andern Fall, daß ihre Zahlung aus eigenen Mitteln geflossen ist.

Welcher Auffassung man sich immer anschließen möge — für Ihering's Theorie ist die Stelle werthlos.

Die zweite Stelle ist l. 57 D. XII, 6:

„cum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est."

Sie verursacht Zimmermann Bedenken und er giebt ihretwegen und der l. 6, § 3 cit. halber sogar zu, daß eine Abweichung von den allgemeinen Prinzipien dann bestehe, wenn der Vormund für das Mündel ein indebitum zahlt. Ersterer habe dazu keine Legitimation, könne also auch keine Deckung vom Mündel fordern; wenn also trotzdem diesem ohne weiteres die condictio gewährt werde, so beruhe das offenbar auf einer besonderen Begünstigung der bevormundeten Person.

Man wird zugeben, daß diese Auslegung wenig befriedigt. Es ist doch eine petitio principii, daß der freilich im Allgemeinen geltende Satz, Vertreter und Tutor könnten ein gezahltes indebitum nicht in Rechnung stellen, ausnahmslos Geltung habe. In der l. 13 § 2 D. XXVI, 7 wird

---

torem simpliciter proponat solventem, de eo loqui eum intelligere debemus, qui vere solvat, nempe debitum. Verba enim cum effectu accipere debemus. Neque vero solvit quisquam, nisi qui aliquem obligatione liberat, nec liberatur quisquam, nisi qui debuit."

116) a. a. O. S. 557.

es freilich ausgesprochen, daß tutor attendere debet, kein legatum indebitum zu bezahlen. Aber das Maß des attendere ist, wie Schloßmann treffend bemerkt, durch die Grenze der Haftpflicht des Vormunds wegen diligentia in concreto abgesteckt. Wo er als vorsichtiger Mann das debitum für ein solches halten konnte, ja vielleicht, weil der Beweis desselben unwiderleglich erschien, halten mußte, wo seine Nichtzahlung dem Mündel eine nach der damaligen Sachlage sichere Verurtheilung mit vielen Kosten, Konventionalstrafen u. dergl., eingetragen haben würde, da wäre es ungerecht, dem zahlenden Vormund keinen Ersatzanspruch zuzubilligen, wenn das Gezahlte sich nachher als nichtgeschuldet erweist. Dementsprechend sagt denn auch Scaevola in l. 67 § 1 D. hoc tit. XII, 6:

„Tutor creditori pupilli sui plus quam debebatur exsolvit et tutelae iudicio pupillo non imputavit: quaero an repetitionem adversus creditorem haberet. respondit habere."

Ein solches imputare des gezahlten indebitum kann also nicht schlechthin unthunlich gewesen sein.

Hat nun aber stets das Mündel, oder bisweilen auch der Vormund die condictio? Schloßmann nimmt letzteres an, soweit der tutor keine Deckung aus dem Mündelgut in Händen hat. Das will zwar scheinbar wenig stimmen zu l. 6 § 3 cit., wo von der Frage der Deckung mit keinem Wort die Rede ist. Andererseits fällt die l. 67 cit. für Schloßmann ins Gewicht — der Vormund bekommt hier die condictio, soweit er bei der Abrechnung sich nicht aus dem Mündelvermögen schadlos gehalten hat. Auch die unten zu erwähnende Analogie des Erbschaftsbesitzers, der ein indebitum gezahlt hat, spricht dafür (cf. § 18). Danach scheint diese Meinung in der That die größere Wahrscheinlichkeit für sich zu haben. Der Rückforderungsanspruch steht dem Mündel also nur zu, wenn nicht nur in seinem

Namen gehandelt ist, sondern die Kosten der Zahlung auch sein Vermögen belastet haben — sei es, daß sie von vornherein aus diesem bona fide entnommen oder nachher vom Vormund bei der Auseinandersetzung abgezogen wurden. Beides wird das Mündel wohl im Streitfall als Klagvoraussetzungen zu erweisen haben. In allen anderen Fällen hat der Vormund die Klage, mag er nun überhaupt nicht nomine pupilli gezahlt haben — nur für den Fall er das gethan spricht ihm l. 57 cit. die condictio mit Recht ab, mag er nach dem Gesagten vom Mündel keinen Ersatz bekommen haben, l. 67 § 1 cit. — nach dieser Stelle auch wohl dann, wenn er freiwillig auf Geltendmachung im tutelae iudicium verzichtete. Ob man ihm schlechthin das Klagerecht zubilligen darf, wofern er bereit ist, dem Gegner seine etwaigen Erstattungsansprüche gegen den Pupillen zu cediren, ist zweifelhaft und wohl um so eher zu verneinen, als schwerlich ein Klagerecht gegen den Pupillen auf Erstattung des gezahlten indebitum zugestanden sein dürfte.

Es folgt l. 47 h. t.:

„Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec expectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debeat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quominus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoverit“ (Celsus).

Wie Ihering diese Stelle für sich anführen kann, ist unverständlich, denn sie beweist vielmehr zu Gunsten seiner Gegner, die sie denn auch ihrerseits ausnutzen. Zahlt der Bürge eines indebite Promittirenden, so hat letzterer die

condictio, sofern nomine illius gezahlt ist — andernfalls steht die Klage dem Bürgen zu, weil er dann indebitum solvit. Hier kann nomine debitoris unmöglich heißen, was es ja freilich öfters bedeutet, im Interesse des Schuldners, sondern nur im Namen, als Vertreter desselben. Denn es wird diese Art der Zahlung als möglich angegeben dadurch, daß in dem Auftrag zur Uebernahme der Bürgschaft auch ein Auftrag zur Zahlung nomine debitoris gefunden werden könne. Wohin soll aber dieser Auftrag gehen, als dahin, im Namen des Hauptschuldners mit unmittelbarer Wirkung für ihn zu zahlen? Im bloßen Interesse desselben geschieht doch auch die Zahlung, die der Bürge im eigenen Namen vornimmt; auch durch sie wird jener schon ipso iure befreit. Wird aber im Auftrage Jemandes illius nomine geleistet, so ist der Akt juristisch als Akt des Auftraggebers zu qualifiziren, wie das die drei in § 2 abgedruckten Stellen — von denen die l. 87 nicht nur gleichfalls den Celsus zum Urheber hat, sondern auch sogar im Wortlaut an das vorliegende Fragment erinnert — ohne Umschweife bekunden. Beiläufig kann auch in der l. 57 cit. das nomine impuberis nichts Anderes heißen, als im Namen des Pupillen — daß bei einer jeden lediglich im Interesse des Mündels gemachten Zahlung dieser gegebenen Falls die condictio solle haben können, würde zu den anderen erwähnten Stellen gar nicht stimmen (l. 6 pr. 67 § 1, D. tit. cit.).

Daß die condictio im Allgemeinen dem zahlenden Bürgen und nicht dem Hauptschuldner zustand, geht auch aus l. 38 § 3 eod. hervor:

„legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimamus.“

Daß hier keine Einschränkung gemacht wird, stimmt zu unserer Anschauung — soweit der Bürge debitoris nomine zahlt, zahlt er nicht qua Bürge, sondern qua direkter Ver-

treter des Hauptschuldners; der als solcher zahlende Bürge hat stets die condictio selbst.

Dadurch wird auch Schloßmann's Formulirung ins Wanken gebracht: ein Regreß würde dem Bürgen doch, der sich im Auftrag des Hauptschuldners verpflichtet hat, auch dann zustehen, wenn er suo nomine gezahlt hat.

Die letzte von Ihering angeführte Stelle ist die l. 6 C. de cond. ind. IV, 5:

> „Si per ignorantiam facti non debitam solutam quantitatem pro alio solvisti et hoc adito rectore provinciae fuerit probatum, hanc ei cuius nomine soluta est restitui eo agente providebit.“ (Diocletianus a. 293 p. Chr.)

Sie hat selbst Schloßmann, S. 565, kopfscheu gemacht: wenn irgend eine Stelle im Corpus Juris dafür angeführt werden könne, daß in Betreff der für einen andern vorgenommenen solutio indebiti Sonderrecht bestehe, so sei es diese. Aber sie sei einerseits ein Rescript, und „deren Thatbestand muß vielfach aus der nicht in extenso darin aufgenommenen Sachdarstellung der Supplik ergänzt werden". Andrerseits nimmt die Verfügung auf das bestehende Recht keinerlei Bezug; endlich wird letzteres, obwohl durch jene nach der gegentheiligen Ansicht beseitigt, noch in den Pandekten vorgetragen.

Wir möchten hier etwas anders argumentiren. Nach der Stelle hat der Zahlende nomine des Vertretenen, also, wenn anders damit dasselbe gemeint ist, wie in den bisher besprochenen Stellen, im Namen desselben, also äußerlich als sein direkter Stellvertreter, die Zahlung geleistet. Wer aber so handelt, von dem wird mindestens im Zweifel ruhig angenommen werden dürfen, daß er auch als legitimirter Vertreter (also aus Mandat oder ratihabirter negotiorum gestio) auftritt; man wird daher mit Zimmermann, S. 309, ein entsprechendes Moment ruhig als selbstverständliches suppliren dürfen.

Während somit die von Jhering angeführten Stellen nichts zu seinen Gunsten beweisen, sprechen zum Ueberfluß gewisse andere entschieden gegen ihn, nämlich:

a) l. 18 D. de cond. furt. XIII, 1:

„Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur.“ (Scaevola.)

b) l. 81 (80) § 7 D. de furt. XLVII, 2:

„Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed condictionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.“ (Papinianus.)

In beiden Stellen wird dem dominus die condictio indebiti gegen den wissenden Empfänger der vom negotiorum gestor gezahlten Nichtschuld gegeben, aber beidemal unter der Beschränkung „si ratum habuit“. Für Jhering ist dies als ständig wiederkehrendes doch wohl entscheidende Moment ein Stein des Anstoßes. Somit sind beide Stellen eher ein Beweis für die herrschende Theorie — nur wenn und soweit er dem procurator auf Ersatz haftet, steht dem dominus die condictio indebiti zu. Aber auch wir können sie für uns zugleich in Anspruch nehmen, da der negotiorum gestor allem Anschein nach im Namen des Herrn, als direkter Stellvertreter gehandelt haben, nicht suo nomine fremde Schulden bezahlt haben wird.

Die letztgedachten Stellen sind jüngstens von Kindel[117]) zu einem ganz eigenartigen Beweise vermerkt worden — dazu nämlich, daß die condictio keinen Eigenthumsübergang voraussetze. „Es kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß hier die condictio gegen einen Nichteigenthümer zusteht.“ Die Sicherheit dieser Behauptung steht im umgekehrten Verhältniß zu ihrer Beweiskräftigkeit. In Wahrheit genügten schon diese beiden Stellen, auch wenn es keine andern gäbe, um gerade umgekehrt Kindel's ganze Lehre zu beseitigen. Der Vertretene bekommt die condictio. Ist diese also Klage gegen den Nichteigenthümer, so müßte der Kondizent Eigenthümer sein. Da er nun aber nicht Eigenthümer der gegebenen Münzen war (cum Titii nummorum dominium non fuerit), so muß er dadurch, daß in seinem Namen das Geld an den falsus procurator des Gläubigers gezahlt ist, daran kurzer Hand Eigenthum erworben haben. Das verstehe wer kann — unser Fassungsvermögen reicht nicht soweit. Das Nichteigenthum des dominus ist ja auch gerade der Grund, warum er nicht die condictio furtiva bekommt. Würde er nun aber durch Empfang des Geldes seitens des schlechtgläubigen Accipienten Eigenthümer, so mußte er doch die cond. furt. ebensogut erhalten, wie sie der Grundeigenthümer gegen den fur erhält, obwohl sein Eigenthum an den fructus doch auch erst durch die von diesem vorgenommene Separation entsteht. Der eigenthumsbegründende Akt müßte auch die Diebstahlsklage begründen.

Eine andre hier zu erwähnende Stelle ist l. 53 D. i. f. eod. XII, 6. Jemand zahlt einem andern ein indebitum im Auftrage eines Sklaven, der sich für frei und zur Zahlung verpflichtet erachtet. Hier heißt es „facti sunt mei (nummi) eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt,

117) Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, Berlin 1892, S. 172.

per condictionem petere potest: sed tam benignius quam utilius est recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere". Also wenigstens im Resultat kommt Proculus dazu, trotz der im Namen des andern geleisteten Hingabe, dem Geber die condictio zuzubilligen, weil ein vollgiltiges Mandat nicht zu Stande gekommen ist, wenigstens kein solches mit der Person, von der man den Auftrag entgegenzunehmen glaubte, noch mit Klagbarkeit gegen den Mandanten versehen.

Gegen Jhering spricht entscheidend endlich auch die l. 7 pr. D. de calumn. III, 6:

„Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor. si autem non mandatu meo alius ei licet misericordiae causa dederit ne fiat neque ratum habui, tunc et ipsum repetere et me in quadruplum agere posse." (Paulus.)

Hier wird der große Gegensatz des Handelns als legitimirter Stellvertreter und des im fremden Interesse, aber sozusagen „auf eigene Kappe" hin geschehenden scharf und deutlich festgestellt; im ersten Fall handelt juristisch der dominus, er hat die etwa entstehende Rückforderungsklage; im zweiten Fall liegt ein eigener Akt des Zahlenden vor, der ihm die condictio gewährt. Das entspricht genau unserer bezw. der fast nur anders formulirten herrschenden Meinung.

Wie aber nun, wenn die fremde Schuld donandi animo gezahlt war und sich nun als Nichtschuld herausstellt? Schloßmann (S. 563) will hier dem Begünstigten die condictio gewähren, wenigstens soweit der Wille des Gebenden schlechthin auf die Zuwendung ging. Aber, so führt er dann mit zutreffender Beschränkung aus, meist werde sein Wille wohl nur dahin gerichtet sein, die Schuld

zu begleichen und den Begünstigten von seinem debitum zu befreien.

Wie richtig das ist, ergeben einige Beispiele: Jemand wähnt seinen dem Offizierstande angehörigen Sohn oder Schwiegersohn überschuldet und will ihn vor der Ausstoßung aus demselben retten. Hier ist platterdings nicht einzusehen, daß der Wille auf die Begünstigung schlechthin gegangen wäre, auch sofern der Betreffende gar keine Schulden besaß — andernfalls hätte er ihm vielleicht eher die Geldsumme direkt zur Verfügung gestellt. Die condictio steht daher dem Gebenden zu — dies um so mehr, da er suo nomine aufgetreten sein wird; er mag die Klage, wenn es ihm beliebt, dem Beschenkten cediren.

Andererseits ist die juristische Möglichkeit der gegentheiligen Behandlung nicht abzustreiten. Das bekunden die von Schloßmann angeführten Stellen — l. 6 D. XII, 4; l. 7 das. (von ihm versehentlich als l. 7 D. XII, 6 citirt), l. 43 § 1 D. XXIII, 3. Auch in letzterer Stelle ist die Wirkung eine verschiedene, je nachdem die Schenkung schlechthin oder nur qua Dosbestellung beabsichtigt war; ersterenfalls geht bei Nichtzustandekommen der Ehe die condictio auf die Frau über (tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum). Das kann auch nicht Wunder nehmen: hat das R.-R. doch bekanntlich auch eine Schenkung mit der Auflage gestattet, daß dem Beschenkten die Herausgabe an einen Dritten auferlegt wird, und hieraus ein direktes Klagrecht des letzteren entstehen lassen, l. 3 C. VIII, 54 (55). Freilich wollen alsdann manche dem Dritten nur bei Nichterfüllung der Auflage ein Rückforderungsrecht geben — aber dann wäre die Aehnlichkeit mit unserem Fall noch größer — in jenem Fall condictio causa non secuta, in diesem cond. indebiti des Dritten.

Das ist namentlich dann anzunehmen, wenn die

Zahlung im Namen des zu Beschenkenden gemacht ist (vgl. die interessante analoge l. 9 § 8 D. XII, 1); aber nothwendig ist das schwerlich — denn jene weitergehende Wirkung beruht nicht sowohl auf der Stellvertretung, als vielmehr auf einem Vertrage zu Gunsten Dritter. Da nun aber die Schenkung der Annahme bedarf, so steht dem Beschenkten auch die condictio indebiti nur im Falle einer solchen zu, wobei in der Anstellung der Klage eine ausreichende Annahme gefunden werden muß. Bevor sie erfolgt ist, wird man nicht umhin können, dem Geber die condictio zuzusprechen, wenigstens soweit er im eigenen Namen gezahlt hat.

§ 16. b) Der Zahlende hielt sich irrthümlich zur Zahlung für den andern verpflichtet.

1. Hielt sich der Zahlende dem Gläubiger gegenüber für verpflichtet, die Schuld zu bezahlen, etwa als Bürge, als Korrealschuldner, dann hat er selbst die Rückforderung, mochte nun nur die Verbürgung nicht bestehen, oder aber auch die Hauptschuld selbst ein indebitum sein, l. 38 § 3, l. 47 D. XII, 6. Anders nur, wie wir sahen, wenn der Bürge nicht als solcher, sondern Kraft Mandats des Hauptschuldners illius nomine zahlt — hier ist der Akt juristisch von diesem, nicht vom Bürgen, vorgenommen.

2. Anders, wenn sich der Intervenient dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet wähnte. Das ist für den Gläubiger ohne Belang — suum recipit, und auf die causa der Zahlung Rücksicht zu nehmen, kann man ihm nicht zumuthen. Da jeder Beliebige ihm wider seinen Willen die Zahlung für den Schuldner aufdrängen kann, ist er ja gar nicht berechtigt, Aufdeckung der causa zu verlangen. Wir können auf das schon oben Ausgeführte hier einfach verweisen; vgl. noch l. 5 § 5 D. XLIV, 4; l. 12, 13 D. XLVI, 2. Der Pseudomandatar hat dadurch keinen

Schaden, da er sich bei Ungiltigkeit des irrthümlich angenommenen Auftrages mit der actio negotiorum gestorum contraria an den Schuldner halten kann[118]).

Diese und die im vorigen Paragraphen besprochenen Fragen kommen in einem hochinteressanten Erkenntniß vom 27. April 1874 zur Sprache[119]). Wer einem Dritten, heißt es hier, im Namen eines andern eine Leistung macht, um sich von einer ihm gegen diesen obliegenden Verpflichtung zu befreien, erwirbt gegen den Dritten im Allgemeinen keine condictio. Anders nur dann, wenn auch dieser im Verhältniß zu dem, in dessen Namen gezahlt wurde, eine Bereicherung erhielt. Dies selbst bei Vorhandensein eines Mandats, noch vielmehr aber, wenn ohne eine derartige Verpflichtung dem Dritten gegenüber gehandelt wurde, weil sich der Zahlende alsdann nicht an den Begünstigten halten kann. Da aber der Empfänger das dem Dritten gegenüber nicht indebite Erhaltene nicht herauszugeben hat, so muß Kläger gegebenen Falls auch beweisen, daß auch für letzteren eine Nichtschuld vorhanden gewesen sei.

Im vorliegenden Fall wurde, dem ersten Urtheil entgegen, pro petito erkannt.

Das in der Restitutionsinstanz eingeholte Fakultätsgutachten beantragte demgegenüber Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses. Die Fakultät war der Ansicht, daß die condictio indebiti nicht gegen die beklagten Gutsherrschaften, sondern nur gegen den Dritten (die Mecklenburgische Regierung) zu richten sei. Denn es habe Klägerin (Preußische Regierung) nicht an die Beklagten für Mecklenburg, sondern durch die Beklagten an Mecklenburg gezahlt.

Demungeachtet wurde das zweitinstanzliche Erkenntniß in der Restitutionsinstanz unter dem 14. Dez. 1874 lediglich bestätigt.

---

118) cf. Windscheid II, § 431, 1; Arndts § 341, N. 5.

119) Abgedruckt in Budde's Entscheid. d. O.-A.-Ger. Rostock, Bd. IX, S. 96 fg.

Nach unserer Ansicht kam es in casu darauf an, ob die preußische Regierung als direkte Vertreterin Mecklenburgs gezahlt hatte; in diesem Fall wäre letzteres der wahre dominus negotii gewesen und allein zur etwaigen Rückforderung legitimirt; Preußen hätte sich dann lediglich mit der Mandatsklage an Mecklenburg halten können. Die dazu gehörigen Erfordernisse — einmal ein Auftrag und dann ein alieno nomine agere — scheinen nun hier vorzuliegen, da nach dem Thatbestand die Kgl. Regierung zu Potsdam auf Anweisung der Mecklenburgischen Regierung die von letzterer vertragsmäßig an die Beklagten zu zahlenden festen Rentenbeträge an diese in jährlichen Vorauszahlungen entrichten ließ. Darnach wäre die Klägerin nicht aktiv legitimirt gewesen. Die Begründung des Fakultätsgutachtens wollen wir nicht damit vertheidigen — wenn sie in der im Auftrag des Schuldners vom Dritten an den Gläubiger gerichteten Zahlung nichts als eine Zahlung an den Auftraggeber durch den Gläubiger sieht, so entspricht eine solche Stellung des letzteren als bloßer Durchgangsperson wahrlich nicht der Stellung, die er, qui suum recipit, in dem Akte einzunehmen beanspruchen kann.

Eine zweite hierhergehörige Entscheidung traf das Reichsgericht, Bd. XVIII, N. 66, S. 311:

„Was den Zahlenden zur Zahlung bestimmt hat, ob er damit eine Schuld gegen den Dritten oder eine eigentliche Forderung begründet oder ihm eine Schenkung gemacht hat; alles dies ist für seine rechtliche Beziehung zum Schenkungsempfänger an sich gleichgiltig."

In dem entschiedenen Fall lag die Sache so, daß Klägerin die Zahlung auf Grund eines angeblichen Auftrages des Vorschußvereins zu B. geleistet hatte, eines Auftrages, der sich später als gefälscht erwies. Zugleich war die Beklagte von einer nicht zur Vertretung dieses Vereins legitimirten und dazu nicht beauftragten Persönlichkeit an-

gewiesen, die in Frage stehende Zahlung im Betrage von 4500 Mark entgegenzunehmen und das Geld zur Deckung eines Wechsels des Schreibers in gleicher Höhe zu benutzen, was auch geschehen war.

Der Klage wurde stattgegeben, weil einerseits die Anweisung an Klägerin gefälscht sei, andererseits auch die Beklagte nicht von einem durch Auftrag legitimirten Vertreter des Vorschußvereins ihre Anweisung empfangen hätte, also nicht Gläubiger des Vereins geworden wäre. Wäre letzteres der Fall gewesen, dann „wäre der Zweck der Zahlung eingetreten, diese also kausirt worden." Die Beklagte hatte dagegen jetzt nur Ansprüche gegen den Fälscher, nicht gegen den Verein — es lag also in der Zahlung der Klägerin für ihn auch vom Standpunkt des letzteren aus ein indebitum.

§ 17. c) Der Zahlende hält sich irrthümlich für den wahren Schuldner.

Der dritte Fall ist deshalb der schwierigste und bestrittenste, weil die Quellen anscheinend kein reines Resultat ergeben; vornehmlich die oben § 6 abgedruckten ll. 19 § 1 und 44 D. XII, 6 scheinen nicht mit einander zu harmoniren. Nach der einen ist dem zahlenden Putativschuldner die condictio gewährt, nach der andern nicht; in der einen scheint die Lage des Zahlenden (Nichtschuldner), in der andern die des Empfangenden (wahrer Gläubiger) als maßgebend angesehen zu werden.

Die Auslegung der Fragmente knüpft an einen in der Geschichte der Rechtswissenschaft berühmt gewordenen Streit an: zwischen Ulrich Zasius und dem Petrus Stella, Professor zu Orleans[120]), an einen Streit, der

120) cf. Stintzing, Geschichte der Rechtswissenschaft, S. 165, der noch den Viglius von Zuichem als Vertheidiger der Ansicht des Zasius anführt. Die Ausführungen des letzteren finden sich in Opera omnia, Frankfurt 1590, Bd. V, antinomiarum disso-

zur damaligen Zeit die Gemüther lebhaft erregt haben soll und auch noch verschiedene spätere Schriftsteller in Mitleidenschaft zog. Es heißt bei Zasius, in Anschluß an die unten (Anm. 120) wiedergegebenen Worte: auch bei der Erbschaft geschehe die Zahlung bald „solum ex persona solventis qui nihil debebat" — und nur alsdann gelte Rückforderung; bald aber „etiam ex re id est hereditatis, quae obligata fuit".

Diese Unterscheidung kehrt in der späteren Litteratur ständig wieder; so findet sie sich u. a. bei Brunnemann[121]).

Unter den Anhängern dieser Ansicht ragen Cuiacius und Donellus hervor. Die Ausführungen des letzteren sind besonders bedeutsam[122]).

Andere Vertreter dieser Auffassung sind bei Glück[123]) zusammengestellt, nicht minder aber auch die zahlreichen Vertheidiger abweichender Meinungen. Glück selbst führt folgendes aus:

---

lutiones 14, S. 78; „Si quidem qui solvat suo nomine, nihil dubitans se esse debitorem, is repetit. sin solvat ut debitor, sed non alio respectu quam ratione rei quam debuit, is non repetit. licet enim opinione falleretur, ipsa tamen solutio propter rem debitam facta nihil fefellit." Vgl. ferner das. S. 100 (defensio novissima contra P. Stellam).

121) Comm. ad. tit. IV, 5 Cod., S. 355.

122) Comm. lib. XIV, cap. 13, §§ 6, 7, ed. Bucher, Bd. VIII, S. 289 fg. „Qui non debitum dat, repetere potest etiam ab eo, qui suum sive sibi debitum recepit, si quidem solvit suo nomine; sin nomine debitoris, nulla est repetitio. At de huius sententiae et distinctionis ratione si quaeritur, non est obscura. Non est enim debitum, nisi ubi duo sunt, quorum uni debeatur, et alter debeat. Quantumvis igitur debeatur alicui pecunia, non tamen debitam solutam possis dicere, nisi is solvat, qui debet, aut quod proximum est, solvat debitoris nomine. Neutrum horum est in eo, qui cum non debeat, solvit errans suo nomine, quasi ipse deberet. Jure ergo hunc indebitum solvisse dicemus, eique eius indebiti soluti condictionem dabimus."

123) Kommentar, Bd. XIII, S. 86; die Litteratur das., N. 84.

Die Rückforderung des Zahlenden findet statt, wenn er die fremde Schuld in der Meinung bezahlt hat, als ob er selbst sie schuldig sei. Denn trug er sie für den Schuldner ab, in dem irrigen Glauben, er sei diesem dazu verbunden, so findet gegen den Empfänger nicht die condictio indebiti, sondern nur gegen den Begünstigten die a. neg. gest. contr. statt. Von diesem Fall ist l. 44 cit. zu verstehen, wie Donellus nachgewiesen hat. Unterstützt wird diese Erklärung durch l. 5 C. de pet. her. III, 31. „Auch hier sind die letzten Worte von dem Falle zu verstehen, wo der Besitzer der Erbschaft im Namen des Erben, der sich etwa schon gemeldet, Zahlung geleistet hatte."

Glück's Ausführungen sind nur in der äußeren Erscheinung von denen des Zasius verschieden; in der Sache stimmen sie überein. Denn wer sich selbst für den Schuldner hält, der kann nicht von einem Dritten zur Zahlung beauftragt sein oder sich doch nicht als beauftragt ansehen, also auch bei der Zahlung nicht im fremden Namen handeln, beides ist schlechterdings unverträglich. Wer alieno nomine zahlt, bei dem ist ein Irrthum also nur insoweit denkbar, als er sich dem wahren Schuldner gegenüber irrthümlich zur Vornahme der Zahlung für verpflichtet erachtet, d. h. also in dem im § 16 besprochenen Fall. Auf diesen, und nicht auf unseren, bezieht sich also im Sinne der herrschenden Meinung die l. 44 cit., wie Donellus das denn auch mit Nachdruck hervorhebt (§ 6 i. f., 7).

Auch in der Gegenwart huldigen bei weitem die meisten Schriftsteller dieser Theorie; so Arndts[124]), Dernburg[125])

---

124) § 341, N. 5.

125) Pandekten II, § 141: „Wer in dem irrigen Glauben, selbst Schuldner zu sein, die Schuld eines dritten zahlt, ist zur Rückforderung befugt, denn er zahlt nicht die wirkliche, sondern nur eine andere, nur vermeinte Schuld; wer dagegen die Schuld eines dritten in dessen Namen zahlt, infolge des irrigen Glaubens, diesem hierzu verpflichtet

und Windscheid[126]). Aus der Judikatur sind hierfür anzuführen die Entscheidungen bei Seuffert, Archiv, Bd. XXXIV, S. 186 (R.-O.-H.-G. vom 4. Okt. 1878) und bei Heuser, Annalen, Bd. XXIV, S. 61: Wer eine vermeintlich eigene, in Wahrheit fremde Schuld zahlt, hat die Rückforderungsklage und befreit daher den wahren Schuldner nicht. Dies abgesehen von besonderen Umständen, wenn nämlich das Rückforderungsrecht des Leistenden an den Schuldner übergegangen ist.

Auch wir sind, unserer Grundanschauung getreu, keinen Augenblick zweifelhaft, uns dieser Ansicht anzuschließen. Wer suo nomine die fremde Schuld zahlt, der ist Selbstkontrahent, folglich ist auch nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen, daß er die etwaigen Mängel des Geschäftes zu rügen berufen sei. Zahlt er nicht für den andern, sondern in dem Glauben, selbst der Schuldner zu sein, da fehlt ihm jede Absicht von dessen Befreiung, er will ein aliud zahlen, als was wirklich gezahlt wird. Durch solche Leistung den Dritten, an dessen Liberirung bei dem ganzen Akt keiner der Betheiligten gedacht hat, befreit werden zu lassen, wäre doch äußerst merkwürdig.

Diesen allgemeinen Erwägungen stehen die Quellen keineswegs entgegen. Besäßen wir nur l. 19 und l. 44, so könnte die Sache noch zweifelhaft bleiben; nun findet sich aber in demselben Titel XII, 6 noch die l. 65 § 9:

„Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat."

Zum Ueberfluß entstammt diese Stelle der Feder des-

---

zu sein, hat keine Rückforderung, denn der Gläubiger erhielt das, was er zu fordern hatte." Der Zahlende sei daher auf seinen Rückgriff gegen den befreiten Schuldner verwiesen. So ließen sich die Aussprüche der Quellen vereinigen.

126) Voraussetzung, S. 94, Pandekten, § 424, N. 7, in Verb. mit § 426, N. 10.

selben Juristen, des Paulus, wie die scheinbar entgegenstehende l. 44 eod., ja demselben Werk, den libri ad Plautium, l. 44 dem 14., l. 65 dem 17. Buch desselben. Daß ein Paulus sich in einem solchen Falle eines so flagranten Widerspruches sollte schuldig gemacht haben, kann schier unmöglich angenommen werden; schon dies treibt uns dahin, sie zu vereinigen. Da enthält denn l. 65 die speziellere Bestimmung, die nicht erklärt, sondern angenommen sein will; aus ihr müßte sich l. 44 nöthigenfalls eine restriktive Interpretation gefallen lassen.

Indeß erscheinen beide Stellen nach dem Wortlaut sehr wohl mit einander verträglich. l. 44 sagt doch wohl nur, daß die cond. nicht schon deshalb gegeben sein solle, weil ein anderer als der wahre Schuldner gezahlt habe. Damit kann verschiedenes gemeint sein:

a) der andere zahlt als putativer Selbstschuldner;

b) er zahlt aus einer vermeintlichen Verpflichtung dem Schuldner gegenüber;

c) er zahlt als wahrer Beauftragter des Schuldners und verlangt nun, weil er etwa keine Deckung von diesem erhält, vom Gläubiger sein Geld zurück unter Benutzung des äußeren Umstandes, daß er als Nichtschuldner gezahlt habe.

Der erstere Fall ist nun in l. 19, l. 65 § 9 cit. und den im nächsten Paragraphen zu erwähnenden Stellen entgegengesetzt entschieden; damit dürfte er wohl hier zu Gunsten der andern nicht minder möglichen Auslegungen auszuscheiden haben. Es bleiben die Eventualitäten ad b) und c), und wir müssen dahingestellt sein lassen, für welche man sich entscheidet — an sich möglich sind beide und für uns ist es ohne Belang, welcher man sich anschließe. Die Auslegung ad c) würde ein Seitenstück zu der oben § 15 erörterten Donellus-Schloßmann'schen Meinung über l. 6 § 3 cit. bilden.

Das von ihm acceptirte Resultat der herrschenden Meinung versucht freilich auch Jhering im Gegensatz zu uns für seine Auffassung zu verwerthen. Die Befreiung des Schuldners erklärt sich ihm ja nicht aus der bloßen Thatsache, daß der Gläubiger erhalten hat; unter dieser Voraussetzung müßte der erstere auch dann frei werden, wenn der Dritte als Selbstschuldner gezahlt hat, und das ist eben nicht der Fall. Das aber hat wohl noch Niemand behauptet, daß das bloße Haben eines entsprechenden Vermögenswerthes dem Gläubiger sein Recht nimmt; es kommt darauf an, ob er gerade den Schuldgegenstand, und mit dem gleich günstigen Effekt für sein Vermögen, bekommen hat. Die geschuldeten Hundert „habe" ich eben noch nicht dadurch, daß mir ein anderer beliebige Hundert giebt, sondern nur dann, wenn er sie gerade als die von jenem geschuldete Summe zahlt[127]).

Modifikationen kann das Gesagte dadurch erleiden, daß der Zahlende nach gemachter Entdeckung die Zahlung als zum Besten des Schuldners gemacht genehmigt. Das wird er namentlich dann gern thun, wenn der Gläubiger insolvent, der Schuldner vermöglich ist[128]). Alsdann erscheint die Schuld ex post facto als getilgt. Eine solche Genehmigung liegt in der Anstellung der actio negotiorum gestorum contraria, die hier in minimo auf die Bereicherung des Schuldners zulässig sein muß[129]). Dasselbe gilt von dem Fall, daß der Zahlende sich in unentschuldbarem Irrthum

127) Höchst eigenthümlich Lauterbach, Coll. theor. pract. III, S. 741 zu Tit. XLVI, 3. Nach ihm befreit der Dritte den Schuldner nur, wenn er nomine eius zahlt; andernfalls hat er condictio indebiti (also auch wenn die Schuld bestand?).

128) cf. Unterholzner, Schuldverh. I, S. 462.

129) Freilich wird er alsdann dem Schuldner seine erworbene condictio cediren müssen. cf. übrigens die einigermaßen analoge l. 74 § 2 D. V, 1, wo auch der zahlende Nichtschuldner, sobald seine Rückforderung gegen den Empfänger wegfällt, die a. neg. gest. erwirbt, der wahre Schuldner gegen den Gläubiger dagegen die exc. doli!

bei Zahlung der vermeintlichen Schuld befand und deshalb keine cond. ind. bekommt. Denn auch hier ist der Schuldner befreit, trotzdem die Zahlung gar nicht für ihn geschah, und zwar gemäß l. 61 D. h. t.[130]):

„in perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum repeti potest, competit liberatio“.

Folglich ist der bisherige Schuldner auf Kosten des Zahlenden bereichert, was diesem, wenn nicht die Geschäftsführungsklage, so doch mindestens eine condictio sine causa gegen den Liberirten eintragen muß.

Schließt der Zahlende ferner mit dem Gläubiger einen Vertrag, laut dessen er ihm das indebite Gezahlte zwecks Befreiung des Schuldners beläßt, so liegt in diesem neuen Akte nichts als eine korrekte Zahlung fremder Schulden durch Verrechnung, aus der zweifellos dem ersteren die Geschäftsführungsklage gegen den Schuldner erwächst.

§ 18. d) Insbesondere vom possessor hereditatis.

Wir haben nunmehr den vielleicht praktisch wichtigsten und jedenfalls in den Quellen am meisten behandelten Spezialfall der Zahlung einer vermeintlich eigenen Schuld zu erörtern. Für ihn kommen vorzugsweise nachfolgende Quellenstellen in Betracht: l. 48 (49) D. III, 5; l. 31 pr. D. V, 3, beide abgedruckt oben § 6; l. 19 § 1 und l. 65 § 9 D. XII, 6, abgedruckt § 6 bezw. § 17; ferner l. 5, l. 12 § 1 b. und c. C. III, 31 und l. 5 C. IV, 5.

l. 5 C. III, 31 (Caracalla a. 213):

„De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse

130) cf. Windscheid II, § 342, N. 22.

te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest."

l. 5 C. IV, 5 (Diocletianus 293):

„Si a patre emancipatus ei non intra tempora praestituta iure honorario successisti, quidquid indebitum postea per errorem utpote patris successor dedisti, eius condictionem tibi competere non est incerti iuris."

Die Vereinigung der in diesen verschiedenen Stellen anscheinend enthaltenen Widersprüche versucht schon die Glosse[131]).

Fernerhin läßt sich Cuiacius über die Fragen aus[132]). Es ist zu scheiden, ob entweder hereditatis vel heredis nomine, oder aber suo nomine vom Besitzer gezahlt ist. Ersterenfalls „creditores suum receperunt" und es ist keine Zurückforderung am Platze, der Schuldner folgerecht liberirt. Letzterenfalls steht dem possessor die cond. ind. zu, und nur gegen Cession derselben kann er sich vom Schuldner Ersatz holen. Dagegen hat er, falls er heredis nomine zahlt, außer dem Abzugsrecht bei Herausgabe der Erbschaft eine actio negotiorum gestorum gegen den Erben, dies ohne Rücksicht auf bona oder mala fides.

Dieselbe Unterscheidung finden wir bei Noodt[133]). Ist vom Besitzer hereditatis nomine gezahlt, so wird der heres ipso iure frei und der Zahler hat Regreßrecht. Zahlt er suo nomine, so ist der heres nicht befreit und jenem steht die condictio indebiti zu; Ersatz kann er alsdann vom Erben nur gegen deren Cession verlangen. Zahlt er ein indebitum, so hat er stets die condictio, auch als bonae fidei possessor, und kann nur gegen deren Cession Regreß nehmen. Ebenso A. Faber[134]). Er bemerkt noch aus-

131) zu l. 31 (34) D. d. hered. petit. V, 3.

132) ad tit. Cod. III, 31, l. 5; opera omnia IX, Neapel 1758.

133) Comm. ad. tit. Dig. de her. pet. opera omnia II, S. 1527, edit. 1753.

134) rationalia ad. l. 31 cit.

drücklich, wenn auf den Namen des Erben gezahlt sei, so komme darauf nichts an, ob dies mit den Mitteln der Erbschaft oder den eigenen geschehen sei.

Andere Ansichten vertritt dem gegenüber Vangerow[135]). Durch die Zahlung des b. f. possessor wird der wahre Erbe im allgemeinen nicht liberirt und dem Zahlenden steht die condictio indebiti zu. Eine Zahlung suo oder hereditario nomine kann nicht unterschieden werden, denn es ist nicht einzusehen, wie Jemand, der sich für den Erben hält, anders als suo nomine zahlen kann. Die Bestimmung Caracallas in l. 5 Cod. cit. ist nur auf den Fall zu beziehen, daß schon der Erbschaftsstreit entbrannt ist, denn nur in diesem Fall ist eine faktische Unterscheidung möglich (l. 44 D. XII, 6). Aber trotzdem kann nach V. der Besitzer bei Herausgabe der Erbschaft ein entsprechendes Quantum gegen cessio condictionis indebiti abziehen. Und selbst ohne cessio steht der nochmaligen Geltendmachung der Forderung wie auch der condictio des Besitzers eine exceptio doli entgegen.

Arndt's[136]) stimmt Vangerow zwar im übrigen ziemlich bei, behauptet aber doch die Möglichkeit, daß Jemand auch vor dem Streitbeginn die Erbschaftsschuld hereditario nomine zahlen könne, um sich wegen des etwaigen Prozesses zu salviren. Alsdann werde die Forderung direkt getilgt.

Wieder anders Kämmerer[137]). Wenn Jemand als Erbe, meint er, eine fremde Schuld bezahlt hat, so steht ihm nur die condictio indebiti gegen den Gläubiger zu; gegen deren Cession kann er zwar auch bei Herausgabe der Erbschaft die fragliche Summe abziehen, hat aber keine a. neg. gest. contraria gegen den wahren Erben, da diese nicht am

135) Pandekten, § 508, IV, 1.
136) Rechtslexikon V, 231.
137) Linde's Zeitschr. VIII, S. 195.

Platze ist, wenn man fremde Geschäfte als eigene besorgt. Die l. 49 erklärt sich dadurch, daß es sich hier um Leistung von durch den Erblasser speziell vermachten Sachen handle, die, einmal gegeben, nicht noch einmal vom Erben beansprucht werden könnten, letzteren vielmehr nach den Grundsätzen des conc. duar. lucr. c. befreiten.

Aehnlich äußert sich Chambon[138]); in Bezug auf l. 49 stimmt ihm auch Vangerow zu. Dagegen führt Francke in seinem Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione[139]) folgendes aus: Wer für einen Anderen Schulden bezahlt, befreit ihn, falls diese Befreiung Zweck der Zahlung war, andernfalls tritt keine Liberation ein. So ist auch die Ansicht des Julian in l. 31 cit. Freilich scheint African in l. 49 cit. das Gegentheil zu sagen. Aber hier ist wohl der Fall gemeint, in dem ausnahmsweise eine liberatio ohne Weiteres eintritt, daß heredis nomine gezahlt ist. Wenn nämlich Jemand nach dem Beginn des Erbschaftsprozesses zahlt, so zahlt er für die Erbschaft, als ihr Vertreter; Beweis l. 12 C. III, 31. So auch Leist[139a]).

Nach Witte[140]) hat der gutgläubige Erbschaftsbesitzer eine a. neg. gest. contr. gegen den Erben, l. 49 D. III, 5, sofern dieser durch ihn befreit ist, d. h. also, sofern er die erworbene condictio cedirt und jenen dadurch wenigstens per exceptionem liberirt.

Dagegen erklärt sich die angebliche Thatsache, daß in l. 31 cit. dem Erben wegen der Zahlung durch den b. f. possessor ohne Weiteres, d. h. ohne Cession, ein exceptio doli verliehen wird, daraus, daß der Putativerbe die Schuld mit Erbschaftsgeld gezahlt hat, folglich zur Cession der condictio verpflichtet ist, weshalb auch schon vorher per fictionem

---

138) Negotiorum Gestio, S. 149.

139) S. 322 fg.

139a) Bei Glück, Serie der Bücher 37 und 38; Bd. I, S. 371.

140) Bereicherungsklagen, S. 27/29.

diese Cession angenommen wird. Kämmerer's Auslegung der l. 49 wird von Witte scharf bekämpft (S. 30 fg.).

In neuerer Zeit hat Ruhstrat[141] gegen Vangerow die herrschende Meinung mit Geschick vertheidigt. Es kann nach ihm in der That Fälle geben, in denen Jemand hereditatis nomine zahlt. So namentlich, wenn der Gläubiger die Zahlung des angeblichen Erben vielleicht nicht anders annehmen will, als wenn dieser auf die durch die Zahlung für den Fall seines Nichterbeseins erworbene condictio dadurch verzichtet, daß er eventuell auf den Namen des wahren Erben zahlt. Muß sich doch der Gläubiger der Gefahr aussetzen, daß jener die Herausgabe des Schuldscheins, die Freigabe von Pfändern und Bürgen fordert. Ein solcher Fall wird auch nach R. der l. 5 C. III, 31 zu Grunde gelegen haben; auf die Möglichkeit eines solchen bezieht sich nicht minder die l. 49 cit. in Verbindung mit l. 38 § 2 D. XLVI, 3.

Aehnlich sind die Ausführungen Zimmermann's[142]), nur hält er Zahlungen hered. nom. für eine Seltenheit.

Gehen wir aus diesem Gewirr verschiedener Ansichten zur Aufstellung unserer eigenen über, so müssen wir bekennen, daß uns die communis opinio quellenmäßig vollauf begründet, nicht minder auch mit allgemeinen Rechtsprinzipien in Einklang scheint.

Zunächst geht gleichmäßig durch alle Stellen mit Ausnahme etwa nur der l. 5 cit. der Grundzug, daß durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers der wahre Erbe in gewissen Fällen befreit werde, in anderen nicht. Und als entscheidendes Kriterium dafür erscheint die Frage, ob nomine possessorio oder hereditatis gezahlt ist. Denn in l. 31 und l. 38 § 2 D. XLVI, 3 (et magis simile est, quod, cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit,

141) Archiv f. civ. Pr., Bd. 67, S. 417—427.
142) Aechte u. unächte negotiorum gestio, S. 77, N. 98.

heres non liberetur: tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet) wird jedenfalls die Befreiung des wahren Erben nur deßhalb abgelehnt, weil der possessor im eigenen Namen gezahlt hat. Wenn nun l. 49 cit. nach der jetzt wohl ziemlich zweifellos feststehenden Lesart quandoque für gewisse Fälle die Möglichkeit angibt, daß durch die Zahlung des possessor der Erbe befreit werde, so kann daraus doch nur gefolgert werden, daß dies solche Fälle sind, in denen die Zahlung nicht nomine possessoris vorgenommen ist[143]). Nur so wird die doch immerhin mißliche Annahme eines Widerspruches der Juristen beseitigt, ja, da auch l. 38 von African herrührt, eines Widerspruches desselben Juristen mit sich selbst!

Bestätigt wird das durch l. 31 cit., in der es heißt, „nisi forte habeat condictionem“, was doch beweist, daß der Zahlende selbst bisweilen, aber nicht immer, die condictio hat. Und als Grund, warum er diese möglicherweise hat, ist unmittelbar dahinter klar und deutlich angegeben, „finge enim eum solvisse suo nomine“.

Es bleibt das Rescript l. 5 C. III, 31. Aber auch hierin wird man, gerade weil es ein Reskript ist, die beschränkenden Voraussetzungen der anderen Stellen wohl hineinbringen müssen, um einen Widerspruch zu vermeiden. Der dem Kaiser vorliegende Thatbestand muß, wie es auch Zimmermann und Ruhstrat annehmen, also derartig

143) Denn die Kämmerer'sche Auslegung ist völlig unhaltbar und von Witte bereits entscheidend widerlegt. Dessen eigene Auffassung, wonach der Jurist an eine geschehene cessio condictionis denken soll, ist an sich sehr unwahrscheinlich; in solchem Fall kann doch von eigentlicher liberatio des Erben nicht die Rede sein, und nach l. 31 cit. steht dem Besitzer gegen solche cessio nur ein Abzugs-, kein Klagrecht zu. Ferner läßt letztere Stelle den Besitzer die condictio nur unter bestimmten Voraussetzungen haben und cediren können.

gelegen haben, daß der betr. Putativerbe im Namen der Erbschaft gezahlt hatte. Anders fassen freilich die Meisten unsere Stelle auf: nach Vangerow, Chambon und Witte soll sie einfach auf einem Mißverständniß der l. 44 cit. beruhen, während Francke und Kämmerer sie von einem Fall verstehen, in dem der Erbschaftsstreit bereits begonnen hatte. Das Erste ist offenbar eine recht verzweifelte Aushilfe; daß sich in beiden Stellen das „suum receperunt" vorfindet, wird angesichts des auch sonst wiederholten Vorkommens dieses Ausdruckes in den Quellen doch schwerlich einen genügenden Anhaltspunkt abgeben. Die letzte Auffassung ist mit der unsrigen insofern verträglich, als auch sie im Fall eines Zahlens im Namen der Erbschaft Unzulässigkeit der Rückforderung annimmt — nur wann ein solches Zahlen möglich ist, darüber besteht zwischen ihr und uns Meinungsverschiedenheit.

Denn wir müssen entschieden bestreiten, nicht nur daß ein Zahlen des Besitzers im Namen der Erbschaft unpraktisch sei, sondern auch, daß es nur nach dem Prozeßbeginn vorkommen könne. Wer freilich als Putativerbe schlechthin eine Erbschaftsschuld abträgt, für den ist sein angebliches Erbthum nur ein Motiv, das den Charakter der Zahlung nicht ändert. Jeder Zahlende handelt so lange qua sua persona, als ein Handeln pro alio nicht dargethan ist. Das hat mit Recht schon die Glosse angenommen. Aber es kann Fälle des Gegentheils geben. So zunächst vor dem Erbschaftsantritt — wer sich dann bereits zur Zahlung von Erbschaftsschulden aus irgend einem Grunde veranlaßt sieht, der wird wohl niemals die Zufügung unterlassen, er thue das für die Erbschaft, als deren negotiorum gestor er dann handelt. Aber auch nach dem Antritt ist ein derartiges Auftreten denkbar. Wer an Hypothekengläubiger eines erbschaftlichen Grundstückes Zinsen zahlt, wer Geschäftsschulden des vom Erblasser herrührenden und gesondert fort-

geführten Etablissements begleicht, wer ferner erkennbar „zur Erbregulirung" oder aus Erbschaftsmitteln Schulden tilgt, der zahlt doch wohl hereditatis nomine. Ob das der Fall war, wird sich oft auch aus den Büchern ergeben, die der vermeintliche Erbe über die Abwicklung der Erbangelegenheit etwa führt. Ferner gehören hierher wohl die Fälle, in denen kraft des Separations- oder Inventarrechts die Erbschaft vom Vermögen des putativen Erben abgesondert ist, und die Schuld aus den abgetrennten Beständen der ersteren beglichen wird, nicht minder die, wenn durch Vermittlung eines Testamentsvollstreckers gezahlt ist. Auch abgesehen davon — das hat Ruhstrat hervorgehoben — kann der Gläubiger verlangen, daß hereditatis nomine gezahlt werde, damit er mit der ihm vielleicht schon jetzt zweifelhaften Frage, ob der Zahlende wirklich Erbe sei, auf keinen Fall mehr behelligt werde. Sicherlich wird er bei Zahlungen nach dem Beginn des Erbschaftsstreites ein solches Verlangen stellen, wie auch andererseits der belangte Erbschaftsbesitzer des Regresses wegen alsdann nur noch „für die Erbschaft" Zahlungen leisten wird.

Bedenken erregt nur ein Punkt: woher ward dem Nichterben die Legitimation, die nun einmal zu einem wirksamen Handeln alieno nomine gefordert wird? Die Antwort lautet: durch den Besitz der Erbschaft als einer organischen Einheit, nicht als einer bloßen Masse von Einzelstücken. Darum ließ auch das Scs. Juventianum das pretium an Stelle der veräußerten Sache treten, darum konnte der Erbe vom dritten Erwerber der Erbschaftssache wenigstens per exceptionem zurückgeschlagen werden. Aehnliche Gründe lassen analog auch die vom Besitzer für die Erbschaft geleisteten Zahlungen als legal erscheinen. Mögen auch Julian's Ausführungen bereits der Zeit vor dem Juventianum entstammen — das hat nichts Bedenkliches, wenn man mit Francke (S. 225) und Windscheid (III,

§ 612 Nr. 6) daran festhält, daß letzteres wohl nicht ausschließlich neues Recht geschaffen, sondern theilweise Sätze wiederholt hat, die bereits durch Doktrin und Praxis ausgebildet waren. Diese Erklärung dürfte jedenfalls mehr für sich haben als die von Ruhstrat, wonach von den älteren römischen Juristen im Handeln des Putativerben für die Erbschaft eine negotiorum gestio anerkannt worden sei. Aber, von allem Andern abgesehen: zu einem Handeln mit direkter Wirkung für und gegen den dominus kann die negotiorum gestio doch nur bei nachfolgender Ratihabition des Herrn führen, wovon hier abgesehen wird; andernfalls erzeugt sie zunächst nur Wirkungen inter partes.

Wie nun aber, wenn der putative Erbe ein indebitum gezahlt hat, steht dann ihm oder dem wahren Erben die condictio indebiti zu? Eine solche Zahlung ist im Allgemeinen nicht als auf Rechnung des Erben geschehen anzuerkennen, wie die l. 20 § 18 D. V, 3 entschieden ausspricht:

> „et Julianus libro sexto digestorum scribit quod indebitum exegit restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit."

Folgeweise kann der Besitzer das Gezahlte zurückfordern. Und das ist auch nur sinngemäß, denn ein indebitum gehört nicht zum Bestande der Erbschaft; es zu zahlen reicht die sonst in dem Besitz der Erbschaft gewissermaßen zu findende Vollmacht nicht aus, der Besitzer konnte es nicht oder doch nicht befugter Weise hereditario nomine zahlen — also hat er stets das indebitum persönlich geleistet. Ist er freilich in mala fide, so hat er eine ihm jedenfalls bewußter Maßen nicht obliegende Schuld bezahlt; es scheint also an dem zur cond. ind. nöthigen Irrthum zu fehlen, und man könnte ihm die Worte der l. 38 D. V, 3 entgegenhalten: de se queri debet, qui sciens in alienam rem impendit. So entscheiden denn auch Muncke[144]) und Roß-

144) In einer mir nicht zugänglichen Schrift: „de actionibus

hirt[145]); ersterer giebt ihm als Ersatz wenigstens eine cond. sine causa, während letzterer ihm auch diese als angeblich nur für einzelne Fälle bestimmtes ganz spezielles Rechtsmittel (?) gleichfalls versagt.

Indeß dürfte eine nähere Betrachtung die Unrichtigkeit dieses Schlusses ergeben: da der m. f. possessor nicht oder nicht wirksam alieno nomine handeln konnte, so hat er nothwendig im eigenen Namen eine fremde Nichtschuld in Unkenntniß ihres Nichtbestehens gezahlt. Dann aber muß er nach den im § 15 aufgestellten Grundsätzen die condictio indebiti haben.

Sollte es nun aber nicht auch Fälle geben können, in denen die Zahlnng des indebitum unmittelbare Wirkung für den Erben hat? Wir sahen oben, daß tutor und procurator möglicherweise im gleichen Fall Wirkungen für und gegen den Vertretenen hervorbringen können. Und das wird wohl auch hier gelten, falls das indebitum vom Besitzer für eine wirklich vorhandene Schuld gehalten werden durfte oder gar mußte. Auch Witte (S. 26) nimmt das gleiche an, falls der Besitzer mit Erbschaftsgeld gezahlt hat, und zwar wegen l. 25 § 11 und 31 pr. D. V, 3. Uns erscheinen diese Stellen nicht entscheidend; erstere spricht nach der obigen Auslegung mit den Worten „nisi forte habeat condictionem“ nur von dem Fall, wo der Besitzer die suo nomine gezahlte wahre Erbschaftsschuld kondiziren kann, und l. 25 § 11 bespricht nur die Frage der Haftung des Besitzers, der aus der Erbschaft dilapidavit perdidit quid. Dagegen dürften andere Stellen sogar dafür anzuführen sein, daß der gutgläubige Besitzer das unter den angegebenen Voraussetzungen gezahlte indebitum schlechthin dem Erben anrechnen dürfe:

a) l. 17 D. eod. (Gaius):

Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testa-

---

possessori petitorive hereditatis ratione eorum quae ipsi solverunt competentibus“, Heidelberg 1833.

145) Erbrecht II, S. 28.

mento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, licet damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione „evicta hereditate legata reddi“, attamen quia fieri potest, ut eo tempore solveret legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem, placet in eo casu evicta hereditate dandam ei esse repetitionem. sed cum cessante cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopiam eius, cui solutum est legatum, nihil repeti possit, et ideo secundum senatus consulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satis faciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat.“

b) l. 3 D. XII, 6 (Papinianus):

„Idem est et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse praesumpserat; nam utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit“.

Dagegen, diese Stellen mit Witte[146]) und Windscheid[147]) als ein Sonderrecht für Legate auszugeben, spricht nicht weniger als alles. In beiden sind die Legate nicht als etwas Besonderes, sondern nur als Beispiele von als solchen nicht erkennbaren indebita aufgeführt.

146) S. 25.
147) III, § 613, N. 6.

Und daß sie in der That die bei weitem wichtigsten Fälle dieser Art gebildet haben werden, ist klar, auch wenn man nicht an den Sport denkt, den die Römer geradezu mit Vermächtnissen trieben. Nicht aus dem Recht der Vermächtnisse, sondern aus der ratio des Juventianum folgerten die großen römischen Juristen, daß der schuldlos ein Indebitum zahlende Besitzer nicht auf die Rückforderungsklage gegen den vielleicht insolventen Empfänger beschränkt sei, sondern es auch gegen Klagencession dem Erben in Rechnung stellen dürfe. Nur dürre Formaljurisprudenz sollte darin ein prinzipwidriges Sonderrecht finden können. Die l. 20 cit. steht damit nicht in Widerspruch; sie ist in der That allgemein ganz richtig formulirt; daß nicht die besondere Natur des Einzelfalls eine abweichende Entscheidung erheischen könne, sagt sie nicht.

Uebereinstimmend mit uns Ruhstrat a. a. O. S. 386; cf. auch oben § 15.

Auf den malae fidei possessor ist das Gesagte selbstverständlich nicht zu erstrecken.

§ 19. Anfechtbarkeit der Zahlung.

Darüber, ob in der Zahlung fremder Schulden ein anfechtbares Geschäft liegen könne, hat sich Cosack in seinem trefflichen „Anfechtungsrecht" S. 86 wenigstens mit einigen Worten ausgelassen und die Frage grundsätzlich bejaht.

Wir müssen unterscheiden, wem gegenüber die Anfechtung erfolgen soll, ob dem bezahlten Gläubiger oder aber dem befreiten Schuldner gegenüber.

Cosack scheint zunächst an eine Bereicherung des Schuldners zu denken; er nimmt aber auch eine Anfechtung der Zahlung selbst als an sich zulässig an und wirft nur die Frage auf, ob und inwieweit nach Durchführung der Anfechtung die alte Schuld wieder auflebe. Auch das

Reichsgericht hat in einem Erkenntniß ausgeführt[148]), daß die ohne Verpflichtung geschehene Zahlung einer fremden Schuld dem Empfänger gegenüber als unentgeltliche Verfügung angefochten werden könne.

„Das Gesetz will dem Gläubiger eine günstigere Stellung geben, wenn sich der Schuldner durch eine unentgeltliche Verfügung die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers entäußert hat; in diesem Falle soll es weder auf die Absicht des Schuldners noch die Kenntniß des Empfängers ankommen, sondern allein das objektive Moment der Vermögensverminderung und der Benachtheiligung des Gläubigers entscheiden. Es würde der hierin klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzes widerstreiten, wenn man die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Verfügungen von einer Bereicherung des Empfängers abhängig machen wollte".

Andererseits wird in Bd. XXIX der Entsch. N. 1 S. 1 für das Gemeine Recht Folgendes ausgeführt. Die Zahlung einer fremden Schuld seitens des Kridars an den Gläubiger ist keine Bereicherung im Sinne des § 30 ² der C.-O. Eine solche würde nur stattfinden, wenn ihm eine materiell unsichere oder rechtlich zweifelhafte Forderung, bezahlt wäre, und damit eine wirkliche Vermögensvermehrung stattgefunden hätte. Denn hiervon abgesehen bildet der Betrag auch schon vor der Zahlung ein zweifelloses Aktivum des Betreffenden.

Die hier vertretene Auffassung ist u. E. zweifellos zutreffend. Der Gläubiger hat in der Zahlung an sich nur das Seinige erhalten; für ihn ist es wirthschaftlich gleich, ob der Schuldner oder ein Dritter zahlt. Er war auch gar nicht in der Lage, die ihm von diesem angebotene Zahlung abzulehnen — und nun soll er vielleicht nach geraumer Zeit, während der wahre Schuldner insolvent geworden sein kann, nachdem Beweisurkunden und Pfänder längst zurückgegeben

148) Bd. X, N. 22, S. 86 fg.

sind, die bona fide und nur auf Drängen des Intervenienten angenommene Zahlung zurückgeben? Wem das nicht summa iniuria dünkt, dessen Rechtsgefühl müssen wir bedauern. Wahrlich, nur soweit die Forderung zweifelhaft war oder der Gläubiger durch frühzeitige Leistung oder sonstwie ein commodum erhielt, auf das er keinen Anspruch hatte, oder etwa der Zahlende sein Verwandter war, kann die Anfechtung als gerechtfertigt erscheinen. Abgesehen davon ist dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen nur dann gegen ihn zulässig[149]), wenn die Fälle des § 23 vorliegen; der Empfänger vom Nichtschuldner darf nicht schlechter, aber ebensowenig besser stehen, als wer vom wahren Schuldner Zahlung erhält. Es kommt hinzu, daß die Zahlung des Dritten auf alle Fälle — die eines bloßen Stellvertreters gehört natürlich nicht hierher — eine solche ist, wie sie Gläubiger nicht in der Art verlangen konnte, es tritt folgerecht der § 23² der C.-O. mit seinen verschärften Fristen und seiner translatio probationis gegebenen Falls in Anwendung.

Soweit nun nach dem Gesagten die Anfechtung begründet ist, soweit nimmt Cosack S. 332 wohl mit Recht an, daß die Bestimmungen des § 32 der C.-O. sich nur auf das Wiederaufleben der Forderung gegen den Schuldner, nicht gegen dritte Verpflichtete beziehen. Die Frage des Wiederauflebens ist somit nach Landesrecht zu entscheiden; es kommt darauf an, was die betr. Rechtsordnung unter „Zahlung“ versteht und ob sie die Uebergabe von Geld, das der Empfänger wieder herausgeben muß, als Zahlung auffaßt. Cosack will nun zunächst für das Preußische Recht, aber mit allgemeinerer Begründung, die Forderung nur dann wieder aufleben lassen, wenn der Gemeinschuldner die Zahlung nicht freiwillig machte; andernfalls habe der Gläu-

149) Mehr als solche allgemeine Zulässigkeit lehrt auch Cosack nicht.

biger „das Recht und die Pflicht, eine derart anfechtbare Zahlung eines fremden Intercedenten zurückzuweisen". Dagegen ist indeß zu bemerken, daß der Gläubiger bei Empfangnahme der Zahlung schwerlich von der etwaigen Anfechtbarkeit wissen wird; er muß nach unserer Darstellung das Angebot annehmen und kann sich dieser Nothwendigkeit durch Berufung auf solche fernliegenden Eventualitäten schwerlich entziehen.

Jedenfalls für das Gemeine Recht wird man eine anfechtbare Zahlung gar nicht als wahre Zahlung ansehen dürfen, denn nur das, was substantielle Bedeutung hat, wird unter „solutio" vom Römischen Recht begriffen, nicht die bloße Hinzahlung von Geldstücken. cf. auch l. 61 D. L, 16:

„non videtur quis capere, quod erit restituturus: sicut pervenisse proprie illud dicitur, quod est remansurum".

Kap. IV. Das Rechtsverhältniß des Zahlenden zum Schuldner.

§ 20. a) Bei bestehender obligatio zwischen beiden.

Welcher Art das zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner bestehende rechtliche Band war, ob Mandat, ob Societät, ob Tutel, verschlägt nichts — es gilt unterschiedslos die Regel, daß der Zahlende das dem Schuldner in Rechnung stellen kann, was er dem Gläubiger auf Grund seiner Vollmacht oder gar auf Grund eines Verpflichtungsverhältnisses zum Schuldner gezahlt hat. Verwaltet der Zahlende also Vermögen des Schuldners, so kann er daraus die Mittel zur Zahlung entnehmen bezw. sich daraus bezahlt machen; ist ihm der zu zahlende Betrag ad hoc übergeben, so hat er die erhaltenen Species oder, je nach Lage des

Falls, tantundem eiusdem generis dem Gläubiger zu übergeben. Hat er endlich noch gar keine Deckung erhalten, so darf er ein entsprechendes Quantum mit der actio mandati oder tutelae contraria oder der actio pro socio einfordern. Die einzelnen causae hier besonders zu erörtern, geht über die uns gesteckte Aufgabe hinaus; es mag genügen, hinsichtlich der besonders wichtigen handelsrechtlichen Fälle (Anweisung, Zahlungs- und Einkassierungsmandat, Check, Kreditbrief) auf die Darstellungen von Endemann[150]) und Cohn[151]) zu verweisen.

Es mag noch auf den interessanten Fall des „Mandirens auf Schuld" besonders aufmerksam gemacht werden, vgl. Cohn S. 1086; hier entsteht keine actio mandati contraria für den Zahlenden, vielmehr mindert sich das Guthaben des Anweisenden um den gezahlten Betrag. Dies ist namentlich bei Checks das Gewöhnliche — der Anweisende besitzt hier einen Baarfonds bei der angewiesenen Bank. Cohn konstruirt hier den rechtlichen Vorgang so, daß die aus der Zahlung entstehende a. mandati contraria gegen den vorhandenen Baarfonds in entsprechender Höhe kompensirt werde. U. E. ist das kaum nöthig, — durch die bestimmungsgemäße Verwendung des Guthabens vermindert sich ipso iure dasselbe zum entsprechenden Betrage.

Diesen Fall erörtern auch die Quellen in l. 64 D. XLVI, 3 von Paulus (abgedruckt § 2).

Zahlt der Intervenient auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses, so ist das für seinen Ersatzanspruch naturgemäß günstiger, als wenn er ihn auf bloße negotiorum gestio stützt — muß er doch im letzteren Falle noch besonders die utilitas seines Auftretens darthun. So kann die Frage, ob Mandat, oder Geschäftsführung, unter Um-

150) Handelsrecht, Aufl. IV, § 152, S. 555 fg.
151) Handbuch III, S. 1005, 1086.

ständen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung erlangen, wie sich auch aus mehreren Entscheidungen ergiebt:

a) Seuffert Archiv III, 52; O.-A.-G. Jena vom 14. Dezember 1837:

Bei einer Auseinandersetzung wegen des väterlichen Vermögens behaupteten zwei Söhne, Steuern und Zinsen für den Vater bezahlt zu haben, und war ihnen hierüber der Beweis des ertheilten Auftrages auferlegt worden. Diese Entscheidung ward vom O.-A.-G. reformirt, weil der Beweis unnöthig sei, indem der Zahler fremder Schulden jedenfalls als negotiorum gestor angesehen werden müsse, solange kein animus donandi feststehe. Selbst verwandtschaftliche Verhältnisse machten davon gemäß l. 2 C. II, 18 (19) keine Ausnahme.

b) Das. XX, 161 (handelsrechtlicher Fall): Jemand opponirte auf erhobene Klage eine Gegenforderung, weil er den fraglichen Betrag im Auftrage des Klägers an dessen Gläubiger bezahlt habe. Es wurde ihm der Beweis dieses Auftrages auferlegt, wogegen er Berufung einlegte, weil er auch ohne einen solchen ex negotiorum gestione Ersatzansprüche habe. Das H.-A.-G. Nürnberg bestätigte unter dem 26. Sept. 1866 das erstrichterliche Erkenntniß, und zwar laut Anmerkung des Herausgebers wegen der Argumentationen der kaufmännischen Mitglieder. Denn die Zahlung fremder kaufmännischer Schulden könne regelmäßig nicht als nützliche negotiorum gestio angesehen werden. Abgesehen davon, daß solche Zahlung nicht zum Besten des Gläubigers, sondern nur zur Tilgung der eigenen Schuld gemacht werde (doch schwerlich immer!!), sei es im Handelsverkehr nicht gleichgiltig, ob die Schulden Jemandes von ihm, oder für seine Rechnung von einem Dritten an den Gläubiger gezahlt würden. „Es ist für einen Kaufmann von der größten Bedeutung, beständig über die ihm zur Disposition stehenden Beträge nach eigenem Ermessen verfügen zu

können, die Anordnung über die Einziehung seiner Forderungen und Deckung seiner Schulden nach den jeweiligen Konjunkturen seines Geschäftes zu treffen, und es müßte die übelsten Folgen haben, wenn es gestattet wäre, daß sich ein Dritter ohne Auftrag mit eigenmächtigen Verfügungen zwischen den einen und den andern Kaufmann eindrängen wollte" [152]).

c) Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. XVI, 82, S. 329: Die Zahlung von Schulden eines Dritten ist negotiorum gestio, ohne Nachweis des Mandats. Nur bei einem ausnahmsweise anzunehmenden entgegenstehenden Interesse ist das nicht der Fall.

§ 21. b) In Ermangelung eines Rechtsverhältnisses: 1. Negotiorum Gestio.

Bestand zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner kein Rechtsverhältniß, so kann Ersterer mit der actio negotiorum gestorum contraria vom Letzteren Regreß nehmen, falls die allgemeinen Voraussetzungen der Geschäftsführung erfüllt sind. Aber wann ist dies der Fall?

Sehr zurückhaltend äußert sich in dieser Beziehung Cohn (S. 1005). Ob der Zahlende durch auftragslose Zahlung die a. neg. gest. erwirbt, hängt nach ihm von Entscheidung

---

152) Dazu bemerkt der Herausgeber (Preußer): Es sei in einem handelsappellationsgerichtlichen Erkenntniß vom 2. Nov. 1866 ausgeführt, die Zahlung einer Schuld würde sicher nur dann eine Bereicherung desjenigen sein, für den bezahlt werde, wenn die Schuld bestand und durch keinerlei Einwand entkräftbar war; der Beweis der Zahlung könne also nicht genügen, sondern es müsse stets der weitere des ungetrübten Schuldbestandes hinzukommen.

Dazu Preußer: Die Sache sei handelsrechtlich, wenn man von einem das gemeine Recht derogirenden Geschäftsgebrauche absehen wolle, so zu konstruiren, daß im kaufmännischen Verkehr die nach Gemeinem Recht zur a. neg. gestorum nöthige Voraussetzung der Geschäftsführung zum Vortheil des Dritten bei Fällen wie die obigen naturgemäß ausgeschlossen sei (?).

der Thatfrage ab, ob die Zahlung an sich als ein utiliter gestum anzusehen ist. Diese Frage wird wenigstens bei kaufmännischen Schulden in der Regel wohl zu verneinen sein, wenigstens wofern der Zahlende selbst Schuldner des Begünstigten war. Denn oft genug ist es dem Kaufmann weit nützlicher, Gelder selbst zurückzuempfangen und darüber zu verfügen, als von einer vielleicht gar nicht drückenden Schuld liberirt zu werden. Cohn steht also ganz auf dem Standpunkt des in § 20 referirten Nürnberger Erkenntnisses.

Anders stellt sich vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus Wächter der Frage gegenüber[153]). Ihm ist das Zahlen einer fremden Schuld an sich ein Ersatzpflicht erzeugendes utiliter gestum, wenn und soweit der Schuldner dadurch liberirt und sein Interesse in keiner Weise beeinträchtigt wird. Es kann sogar eine res necessaria sein, wenn in Folge der Nichtzahlung eine Konventionalstrafe verfällt oder Pfänder verkauft werden können.

Auch Windscheid (§ 430 N. 17) sieht in der Tilgung zwar nicht immer, aber normaler Weise eine negotium utiliter gestum.

Die Quellen lassen nun verschiedentlich aus der auftraglosen Zahlung der fremden Schuld eine a. negotiorum gestorum contraria entstehen; so in den oben § 6 unter c), d) und m) aufgeführten Stellen, ferner in l. 40 (41) D. III, 5. Andererseits finden sich aber Beschränkungen, so vor allem in l. 42 (43) das. (cf. oben § 6), wo die Klage nur gewährt wird: „nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.“ Man kann die Schranke nicht besser formuliren, als es hier der römische Jurist mit gewohnter Präcision thut. Welcher Art das Interesse nun aber sei, das der Zahlung den normalen

153) Archiv f. civ. Pr. XX, S. 350.

Charakter der Nützlichkeit zu nehmen vermag, das ließe sich schwerlich erschöpfend aufzählen. Nur Einzelnes mag beispielsweise angeführt werden. Die Schuld war vielleicht noch gar nicht fällig; sie war durch Einrede — namentlich der Kompensation oder Retention — beschwert; der Gläubiger war eine Person, von dem nicht angenommen werden konnte, er werde die Forderung überhaupt geltend machen (etwa ein Verwandter, ein intimer Freund oder sonst Jemand, der den Posten längst à fonds perdu geschrieben hatte). Wichtig ist insbesondere der Fall, daß Schuldner bei der Verjährung der Schuld begriffen war, und deren rechtzeitige Geltendmachung nicht mehr erwartet werden konnte. Ganz allgemein wird auch hier der Ausspruch des Ulpian verwerthet werden dürfen, nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset, l. 3 § 4 D. XV, 3. Freilich werden derartige Besonderheiten immer besonders darzuthun sein und keineswegs präsumirt werden dürfen, auch wohl nicht für das Handelsrecht. Selbst hier kann nicht nur die Frage der Nützlichkeit des Geschäftes aufgeworfen, sondern auch schwerlich das Gegentheil präsumirt werden.

Auf der anderen Seite lassen sich Fälle denken, in denen die Nützlichkeit der Intervention sofort in die Augen springt: der Schuldner befand sich in mora und soll durch die Zahlung daraus befreit werden; der Gläubiger hatte die Schuld bereits eingeklagt oder war doch im Begriff dies zu thun; er hatte die Subhastation des ihm ihretwegen verpfändeten Grundstückes eingeleitet. Auch die Zahlung eines fremden Wechsels dürfte hierher gehören, selbst wenn die Form der Ehrenzahlung nicht beobachtet ist[154]).

Daß auch der Zahlende selbst bei dem Akte seinen Vortheil sucht, kann an sich der Zahlung den ihr sonst innewohnenden Charakter eines negotium utile nicht nehmen,

154) cf. Entsch. d. Ob.-Trib. vom 6. Sept. 1877, Striethorst, Archiv 97, S. 338, Rehbein, Bd. III, S. 37.

wie das in dem instruktiven Erkenntniß des O.-L.-G. Kiel vom 20. März 1890, Seuffert, Bd. XLVI, N. 23, S. 37 ausgeführt ist. Es lag hier ein Fall vor, in dem die Braut durch Zahlung einer Schuld ihres Bräutigams eine frühere Verheirathung zu erlangen hoffte. Somit wird auch der Umstand, daß der Intervenient in der Absicht zahlt, sich dadurch der Schuld gegen den Schuldner-Gläubiger zu entledigen, an sich den Thatbestand der negotiorum gestio nicht ausschließen; nur wird hier leichter ein der Zahlung entgegenstehendes Interesse des letzteren angenommen werden müssen.

Außer den schon angeführten beschäftigen sich noch mehrere Erkenntnisse mit den hier einschlägigen Fragen.

a) Seuffert XXIV, 96:

Wenn Jemand für einen Andern eine Schuld zahlt, so wird dieser dadurch liberirt, aber der Zahlende erwirbt gegen ihn eine Regreßforderung, wofern nicht ausnahmsweise die Zahlung gegen sein Interesse oder animo donandi erfolgt war, was aber selbst bei Verwandtschaft unter den Parteien bis zum erbrachten Beweise nicht anzunehmen ist.

b) Das. XXVII, 27, A.-G. Celle, 28. Nov. 1877:

Gegenüber der a. neg. gest. des Zahlers einer fremden Schuld muß es als Obliegenheit des Beklagten angesehen werden, Gründe geltend zu machen, aus denen die geschehene Bezahlung dieser Schuld als seinem rechtlichen Interesse nicht entsprechend anzusehen ist. Denn bis auf Weiteres erscheint die durch die Zahlung bewirkte Entlastung von der Schuld als eine objektive Verbesserung seiner Rechtslage. Beklagter muß also der Regreßklage gegenüber seine Einreden ebenso angeben und beweisen, wie er sie der ursprünglichen Klage gegenüber hätte darthun müssen.

c) das. XXXV, 75, Ob.-Tribunal zu Berlin vom 25. Febr. 1879:

Wenn auch die Bezahlung einer fremden Schuld nicht schlechthin und unter allen Umständen eine nützliche Geschäftsführung darstellt, so ist es doch nicht zu weit gegangen, wenn in der bewirkten Entlastung des Schuldners eine solche solange gefunden wird, als nicht besondere Umstände die Zahlung als nicht im Interesse des Schuldners liegend erscheinen lassen. Der Geschäftsführer hat daher zwar die rechtliche Begründung der von ihm gezahlten Schuld, nicht aber deren Fortbestand bis zur Zahlung und das Nichtvorhandensein von Einreden darzuthun, insbesondere auch nicht die Einrede der vorangegangenen Erfüllung seitens der befriedigten Gegenpartei, wenn der Geschäftsherr sich auf deren mangelnde Erfüllung gar nicht einmal berufen hatte.

d) das. XV, 25, A.-G. Eisenach und O.-A.-Ger. Jena (auch in Blätter für Rechtspflege in Thüringen VIII, 171):

Jemand hatte angeblich fremde Schulden bezahlt. Der Erstrichter verlangte den Beweis, daß dieselben damals noch bestanden hatten; nur soweit liege negotiorum gestio vor. Anders die zweite und dritte Instanz: Der Grundsatz, daß die Existenz einer Schuld bis zum geschehenen Beweise der Zahlung vermuthet werde, greift auch hier Platz; der Richter hat anzunehmen, daß die Forderung noch besteht, sofern ihre Entstehung einmal nachgewiesen ist. Daher muß auch die Zahlung der präsumtiv noch bestehenden Schuld bis zum Beweise des Gegentheils als nützliche Verwendung angesehen werden.

e) Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern Bd. XVI, 378; Entscheidung vom 16. Jan. 1851:

Nicht jede Zahlung einer fremden Schuld ist ein negotium utiliter gestum, so nicht, wenn die Schuld beanstandet war und die Erklärung des wahren Schuldners leicht einzuholen gewesen wäre.

f) Annalen des Reichsgerichts IV, 438 (= Busch, Archiv XLIII, 90):

Wer ohne Auftrag die Schulden eines andern bezahlt, ohne zu berücksichtigen, daß diesem kompensable Gegenforderungen zustehen, der handelt nicht im Interesse des andern und kann von ihm nicht Ersatz verlangen, weil die Kompensation eine leichtere Erfüllung wäre, als baare Zahlung.

Neben der a. negotiorum gestorum wollen manche Schriftsteller dem Zahlenden gegen den befreiten Schuldner noch die actio de in rem verso (utilis) zubilligen. Ohne uns im Uebrigen in den Streit über diese etwas problematische Klage einzumischen, müssen wir das wenigstens gemeinrechtlich für verfehlt erklären. Eine solche weite Zulassung der Verwendungsklage ist in den Quellen nicht begründet und würde zu unlösbaren Schwierigkeiten in ihrem Verhältniß zur Geschäftsführungsklage führen; ja eine Abgrenzung beider schier unmöglich machen. Es ist u. E. mit Dernburg anzunehmen, jene Klage sei nur da am Platze, wo der Empfänger, also hier der Gläubiger, nur eine im Interesse des Dritten handelnde Zwischenperson darstellt. Für eine solche Rolle aber wird sich der Gläubiger, qui suum recepit, wohl bestens bedanken. Man wird das Anwendungsgebiet der qu. Klage also vorzugsweise da zu suchen haben, wo der Empfänger materiell die Rolle eines Stellvertreters einnahm und ihm nur die formelle Legitimation fehlt — er war etwa negotiorum gestor oder hielt die Grenzen des ihm ertheilten Mandates nicht ein; cf. übrigens Dernburg, Pandekten II, § 14 i. f. Anderer Ansicht ist freilich sowohl für das Gemeine wie für das Preußische Recht Schollmeyer (S. 32, N. 3) für die Fälle, in denen nicht negotiorum gestio vorliege. Aber welche sind das? Man könnte daran denken, daß die Zahlung gegen das Verbot des Schuldners erfolgt sei: aber auch hier bedürfen wir der Versionsklage nicht, kommen vielmehr mit

einer condictio sine causa aus. Die l. 10 pr. D. XV, 3 beweist für die gegentheilige Meinung nichts, da hier nicht dem Zahlenden die actio gegeben wird, sondern dem Dritten, mit dessen Mitteln der Sohn die Bürgschaftsschuld für den Vater beglichen hat. So hat sich denn auch mit Recht die herrschende Meinung gegen die Anwendbarkeit der Versionsklage ausgesprochen, z. B. Jacobi[155]) und Gruchot[156]).

§ 22: 2. Schenkung.

Hat der Zahlende die Absicht, den Befreiten in der Intervention zu bereichern, dann liegt Schenkung vor, und die Regreßklage greift nicht Platz; cf. l. 12 C. II, 18 (19) — nullam actionem habet ... sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit. Freilich, die rechtserzeugenden Voraussetzungen der a. negotiorum gestorum sind dabei nicht ausgeschlossen, und wenn sie nachher angestrengt wird, so dürfte ein Einwand des Beklagten am Platze sein, da Schenkungen nicht vermuthet werden, es vielmehr Sache des Beklagten ist, sich auf die causa donandi als rechtshindernde Thatsache zu berufen.

Wird nun aber das Zustandekommen der Schenkung nicht dadurch verhindert, daß der Schuldner sie nicht annimmt, vielleicht ausdrücklich dagegen protestirt? Diese Frage ist in ihrer Beantwortung davon abhängig, ob und inwieweit die Schenkung überhaupt der Annahme bedürfe. Wir halten an diesem Erfordernisse mit der wohl vorherrschenden Ansicht im Allgemeinen und für unsere Frage im Besonderen fest. Das entspricht auch der Auffassung von Windscheid[157]) und Dernburg[158]). Auch bei Bezahlung

155) Lehre von der nützlichen Verwendung, S. 179, N. 3.
156) Zahlung, S. 47.
157) II, § 365, N. 5.
158) II, § 106, N. 3.

fremder Schulden, meint jener, komme eine Schenkung nur dann zu Stande, wenn eine Annahme erfolge; die fragl. Stellen (l. 7 § 7, l. 50 pr. D. XXIV, 1; l. 23 D. XLVI, 3) müßten sich eine Hineintragung dieses Momentes gefallen lassen. Auch nach letzterem erfordert die Schenkung einen Vertrag. Allerdings könne sich zwecks einer solchen eine Zuwendung auch ohne Zustimmung des Begünstigten vollziehen, z. B. durch Zahlung einer Schuld. Aber eine Schenkung erwachse hieraus erst durch Annahme, und bei ihrem Ausbleiben schulde der Befreite dem Geschenkgeber den entsprechenden Betrag, zu dessen Einklagung diesem dann eine condictio sine causa offenstehe.

Schon an anderer Stelle haben wir nun festgestellt, daß die Frage der Schenkung jedenfalls nur für das Verhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner von Bedeutung ist. Der Gläubiger hat nur das ihm Gebührende erhalten; nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Liberirten kann der Zahlende daher im Falle der Nichtannahme vorgehen. Wie aber, wenn der die Acceptation verweigernde Schuldner nochmals Zahlung leistet? Dann kann Gläubiger die Annahme verweigern; denn die Schuld ist einmal aufgehoben und durch spätere Akte nicht wieder nachträglich zum neuen Leben erweckbar. Nimmt er dieselbe aber doch an, so muß das als eine Schenkung des befreiten Schuldners an ihn angesehen werden; eine condictio indebiti des in voller Kenntniß seiner bereits eingetretenen Befreiung zahlenden früheren Schuldners kann nicht Platz greifen. Ebensowenig aber darf diese Leistung auf den dem Zahlenden gegen den ablehnenden Schuldner zustehenden Anspruch von Einfluß sein.

Zwischen diesen beiden gestaltet sich aber das Verhältniß nach erfolgter Ablehnung der Schenkung so: eine causa donandi wird nach der vorgetragenen Ansicht nicht eintreten. Ebensowenig aber kann dadurch ex post facto zu einer negotiorum gestio werden, was nicht mit diesem animus

vorgenommen ward. Folglich liegt für die Zahlung fremder Schuld dann überhaupt keine causa vor; da aber der Schuldner dadurch um den Betrag der ihm abgenommenen Schuld bereichert ist, so muß er auf Erstattung dieser sine causa eingetretenen Bereicherung mit einer condictio sine causa haften, wie sie auch Dernburg annimmt. Dasselbe hat ebenmäßig einzutreten, wenn nicht durch den Willen der Betheiligten, sondern aus objektiven Gründen die causa donandi nicht zu Stande kommt, also wegen Nichtbeobachtung der Form, wegen der Qualität der Betheiligten als Ehegatten. Andererseits wird man die Annahme der Schenkung, sobald dafür nicht die Insinuationsform am Platze ist, auch in konkludenten Handlungen finden dürfen, etwa in der Einforderung von Schuldurkunden oder Pfändern vom bisherigen Gläubiger.

Wenn Windscheid meint, Stellen wie l. 23 cit. müßten sich die Hineintragung des Momentes der Annahme gefallen lassen, so vermögen wir demnach dem Gesagten nicht beizustimmen. Denn die Befreiung des Schuldners tritt auch bei Einspruch desselben durch die Zahlung ein; seine Nichtannahme ist nur für das in der Stelle gar nicht erörterte Verhältniß zwischen ihm und dem Intervenienten von Belang. Dasselbe gilt von l. 7 § 7 und l. 50 pr. cit.

§ 23: 3. Handeln im eigenen Interesse.

Schwierigkeiten scheinen sich zu erheben, wenn der Betreffende als Selbstschuldner gezahlt hat. Schon oben ist nun festgestellt, daß es zunächst darauf ankommt, ob er suo oder alieno nomine gehandelt hat — ersterenfalls hat er stets die condictio indebiti, mag nun die Schuld überhaupt nicht bestanden haben oder nur er nicht der wahre Schuldner gewesen sein; in den selteneren Fällen der zweiten Art hat wegen Nichtbestehens der Schuld der dominus den Rückforderungsanspruch. Dem entspricht das Verhältniß beider

Theile zu einander. Wo der Zahlende die condictio hat, stehen ihm keinerlei Ansprüche gegen den Schuldner zu. Wie aber im andern Fall? Die Quellen scheinen in dem hauptsächlichsten Fall, dem des Erbschaftsbesitzers, alsdann dem Zahlenden eine actio negotiorum gestorum zu gewähren, so wenigstens in African's „berühmter" l. ult. D. de neg. gest. Und nach l. 31 D. V, 3 kann der Besitzer das Gezahlte bei Restitution der Erbschaft selbst dann in Anrechnung bringen, wenn er suo nomine gezahlt, d. h. also an sich die condictio hat. Nur muß er in diesem Fall als bonae fidei possessor die erworbene condictio dem Erben cediren, der sich mit ihr exceptionsweise gegen die an sich noch bestehende Klage des Gläubigers schützen oder, wenn er inzwischen gezahlt, damit das Geleistete zurückverlangen kann. Wenn man dagegen (cf. § 18) auf Grund von l. 31 cit. i. f. angenommen hat, der Erbe könne sich auch ohne Cession gegen die Klage des Gläubigers per exceptionem auf eine solche Zahlung berufen, so ist das falsch; in den Worten „sed et petitor" ist offensichtlich der vorher behandelte Fall der geschehenen cessio actionis weiter ausgeführt. Darauf weist auch das debebit hin: er ist nicht ipso iure frei, sondern muß sich noch trotz actio cessa einredeweise schützen. Nach der gegentheiligen Ansicht müßte es hier doch heißen poterit: auch ohne Cession kann er sich durch exceptio schützen. Ist der Zahlende bösgläubiger Besitzer, so hat er das Anrechnungsrecht sogar nur dann, si caverit petitorem defensum iri. Eine Anrechnung gestattet ferner auch l. 5 C. III, 31 dem Besitzer für den Fall, daß ihm keine condictio gegen den Gläubiger zusteht. Verbindet man die Stellen, so wird man dem Besitzer wohl in den Fällen, in denen er keine condictio, also den Erben ipso iure liberirt hat, neben dem Abzugsrecht bei der Restitution noch die Geschäftsführungsklage zubilligen dürfen; in denjenigen aber, in denen eine solche Befreiung nicht eingetreten ist, steht ihm

retentio zu gegen cessio condictionis: als negotiorum gestor kann er hier, wo er qua sua persona auftrat, nicht angesehen werden. Hat er endlich ein indebitum bezahlt, so kann er unter den oben § 18 erörterten Voraussetzungen dasselbe dem Erben gegen cessio condictionis gleichfalls in Rechnung stellen — eine ipso iure-Wirkung für und gegen ihn ist in diesem Falle undenkbar, da er eine Nichtschuld nicht befugter Weise nomine hereditario zahlen konnte; auch eine actio negotiorum gestorum ist daher bei Zahlung einer solchen gegen den Erben nie am Platze. Analog ist zu entscheiden, wenn ein tutor oder procurator ein indebitum für den Vertretenen gezahlt hat — auch hier hat an sich der Zahlende die condictio, gegen deren Cession er aber unter den Voraussetzungen des § 15 dem Vertretenen bei der Abrechnung das Gezahlte in Abzug bringen darf.

Das bisher Gesagte erfährt noch zum Theil Bestätigung durch die Stellen, welche dem zahlenden Erbschaftsbesitzer wegen Bestattung des Leichnams des Verstorbenen eine actio funeraria gewähren (cf. l. 14 § 11, l. 15, l. 32, D. de relig. XI, 7) neben der natürlich auch hier zulässigen Retention. Die a. fun. aber ist zweifellos nur eine besondere Anwendung der Geschäftsführungsklage. Ferner ist noch zu erwähnen die l. 50 § 1 D. V, 3: „si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici . . . . . eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis“. Daß in solchen Fällen nicht noch das besondere Requisit des Handelns hereditario nomine aufgestellt wird, enthält keinen Widerspruch gegen das bisher Gesagte: denn von der Verpflichtung, den Todten zu bestatten, ist und bleibt der Erbe naturgemäß durch das

vom possessor vorgenommene Begräbniß gleichmäßig befreit, mag dieser nun dabei im eigenen Namen aufgetreten sein oder nicht.

Es ist bekanntlich eine noch immer unausgetragene Streitfrage, ob in Verallgemeinerung der citirten Stellen die actio negotiorum gestorum dadurch nicht ausgeschlossen sei, daß der Gestor im Glauben eigener Verpflichtung gehandelt hat. Die Litteratur ist zusammengestellt bei Chambon S. 144, der sich selbst gegen die Zulässigkeit der Klage erklärt, unter Berufung auf l. 31 D. V, 3; l. 28 D. XVII, 1 und l. 17 D. XLVI, 3 cit. Dernburg[159]) will wenigstens, wie auch wir, dem Erbschaftsbesitzer die Klage zubilligen. Windscheid[160]) läßt zwar allgemein den Anspruch zu, aber unter Beschränkung auf die ungerechtfertigte Bereicherung.

Für uns hat diese Streitfrage keine weitere Bedeutung. Denn nach dem Gesagten, und soweit sind jedenfalls auch die Chambon'schen Stellen beweiskräftig, hat der Zahlende jedenfalls dann selbst eine condictio indebiti und folgerecht keinen Regreßanspruch gegen den Schuldner, wenn er im eigenen Namen aufgetreten ist. Wie aber Jemand, vom Fall des possessor hereditatis abgesehen, im fremden Namen zahlen könne, während er sich selbst für den Schuldner hält, vermögen wir nicht zu verstehen.

Ob und inwieweit das Gesagte dadurch modifizirt wird, daß der Zahlende keine condictio erlangt oder darauf verzichtet, das ist schon oben § 17 a. E. auseinandergesetzt.

Hier mögen noch zwei Entscheidungen aus der Praxis angeführt werden:

a) Seuffert, Archiv Bd. XLI, 109, S. 174:

Die Klage, welche die l. 48 D. III, 5 gegen denjenigen gewährt, der fremde Geschäfte als eigene geführt hat, ist in der Sache identisch mit der condictio sine causa, d. h. auf

159) II, § 123, N. 2.
160) II, § 431, N. 18.

die Bereicherung beschränkt, wie das entsprechende Rechtsmittel denn auch an andern Stellen (l. 23 D. XII, 1) direkt als cond. sine causa bezeichnet wird.

b) das. Bd. XLIX, 20, S. 34.

Jemand zahlt als vermeintlicher Kurator einer Frauensperson eine Schuld, von der er glaubt, daß sie dieser obliege, während in Wahrheit ihr Vater der Schuldner war. Hier soll dem Zahlenden gegenüber dem Gläubiger keine condictio zustehen, wohl indeß gegen den wahren Schuldner, den Beklagten, ein Anspruch auf Erstattung der Bereicherung, condictio sine causa — nicht aber eine Geschäftsführungsklage, da der Zahlende bei seinem Handeln an jenen gar nicht dachte.

§ 24: 4. Handeln gegen den Willen des Schuldners.

Daß die Befreiung des Schuldners ohne, ja selbst gegen seinen Willen durch die Intervention bewirkt wird, ist in den Quellen deutlich ausgesprochen, daher jetzt wohl kaum noch bestritten. Früheren Interpreten hat dieser Punkt freilich vielfach Kopfschmerzen gemacht. So macht die Glosse bei l. 53 D. XLVI, 3 als angeblich widersprechend auf l. 16 Cod. VI, 30 aufmerksam: nec donatum accipere quisque compellitur. Aber in Wahrheit kann dieser auch von uns oben bereits vertretene Satz gar nicht auf das Verhältniß des Zahlenden zum Gläubiger, sondern nur auf das zum Schuldner einwirken. Gothofredus ferner sagt zu l. 53 cit.: „immo, non est, invito namque beneficium non datur, l. 69 D. L, 17". Diese Berufung ist gänzlich deplazirt. In der Zahlung fremder Schulden liegt ein beneficium doch höchstens dann, wenn der Zahlende keinen Regreßanspruch erwirbt, und nur diesen Nichterwerb kann der Schuldner durch Ablehnung der donatio beseitigen.

Wird aber der Regreßanspruch ex negotiorum gestione

durch Widerspruch des Schuldners gegen die Intervention gehemmt? Die Bedeutung eines solchen war unter Rom's Juristen bekanntlich in ihrer Wirkung auf die neg. gest. sehr bestritten und ist durch Justinians l. 24. C. h. t. II, 18 endgiltig dahin entschieden worden, daß ein solcher Widerspruch die a. neg. gest. contraria ausschließt. Die Folge ist zunächst die, daß der gegen den Willen des Schuldners Zahlende sich in den meisten Fällen die actio des Gläubigers cediren lassen wird, ein Rezept, das ihm die älteren Juristen dafür in ständiger Wiederkehr verschreiben, so Stryk, Pufendorf[161]), Höpfner[162]) und Thibaut[163]). Wie aber, wenn er das vernachlässigt oder der Gläubiger sich zu einer solchen Cession nicht bereit finden läßt? Man wird erwägen müssen, daß doch wohl nur die Geschäftsführung als solche für unverbindlich erklärt sein wird, wenn sie dem Willen des Schuldners zuwiderläuft. Jedweden Anspruch des gestor zu verneinen, auch soweit er schon, abgesehen von der Gestion, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet wäre, dazu liegt weder allgemein eine Veranlassung vor, noch nöthigt uns dazu die l. 24. Man wird daher dem Zahlenden die condictio sine causa nicht verwehren dürfen, die er doch auch dann bekommt, wenn die in der Zahlung liegende Schenkung nicht angenommen wird. Das Gegentheil bedürfte als Ausnahme von den allgemeinen Kondiktionsgrundsätzen doch mindestens eines stringenten Quellenbeweises, den aber noch Niemand zu erbringen versucht hat. Wer mir verbietet, seine Schulden zu bezahlen, der will sich von mir auch sicher nichts schenken lassen; nehmen wir nun aber dem Zahler für solchen Fall den Ersatzanspruch, so tritt doch damit der Erfolg der Zahlung animo donandi ein, während andererseits die Schenkung mangels Annahme

161) Observ. I, obs. 130, S. 282.
162) Institutionen, § 974, S. 724.
163) Pandekten, § 649.

nicht zu Stande kommt. Die Gegner bewegen sich also in einem circulus vitiosus.

Freilich ist die condictio sine causa als condictio von strengeren Voraussetzungen abhängig als die Geschäftsführungsklage. Aber beide kommen gerade in unserem Fall dadurch praktisch ziemlich auf dasselbe heraus, daß durch Bezahlung der an sich nicht durch Einreden gehemmten fremden Schuld ipso facto eine Bereicherung des Schuldners in Höhe des getilgten Betrages eingetreten ist, eine Bereicherung, die nachher nicht wieder wegfallen konnte

Anders freilich denken über diese Frage Heimbach[164]), Hert[165]), Gruchot[166]) und anscheinend auch Sintenis[167]), von denen namentlich ersterer diesen Fall unter den Begriff der Schenkung fallen läßt. Das ist doch eine ebenso kühne Annahme, als wenn man ganz ähnlich mit Gruchot einfach annimmt, es fehle hier der Wille, den Geschäftsherrn verbindlich zu machen. Dagegen würde auch noch zu erwidern sein, daß sogar da, wo dieser Wille wirklich fehlt — beim Zahlen animo donandi — in Folge der Nichtannahme des Liberirten doch eine condictio eintritt. Ebensowenig stimmt die Berufung der Gegner auf Savigny (IV, 131), der diesen Fall in Wahrheit gar nicht behandelt.

Zweifellos ist, daß der befreite Schuldner den einmal entstandenen Gestionsanspruch nicht dadurch nachträglich wieder beseitigen kann, daß er auf den Vortheil der Geschäftsführung verzichten zu wollen erklärt. Einmal befreit, bleibt er befreit und kann die Schuld nicht wieder zur Auferstehung bringen. Freilich meint Siebenhaar[168]), es bleibe ihm unbenommen, die Schuld selbst zu bezahlen und dadurch für

---

164) Rechtslexikon X, S. 381.
165) a. a. O. § 2.
166) a. a. O. S. 42.
167) Gem. Civ.-R. II, § 103, N. 37.
168) Annalen des O.-A.-G. Dresden N. F. III, S. 31, N. 1.

den Dritten die Repetition des Gezahlten zu begründen — aber diese völlig verfehlte Ansicht ist bereits von Gruchot (S. 42) mit Recht zurückgewiesen.

§ 25. Einfluß eines theilweisen Erlasses der Forderung durch den Gläubiger.

Ueber diesen Punkt finden sich nur bei Gruchot (S. 40) einige Bemerkungen. Er gewährt dem Intervenienten nur das Recht, das wirklich Eingetriebene vom Schuldner zu erfordern, dies selbst dann, wenn ihm die Klage cedirt sei, arg. l. 26 § 4 D. XVII, 1. Das ist im Allgemeinen gewiß richtig, fraglich nur, ob und inwieweit Ausnahmen zuzulassen seien. Wie es nun Fälle giebt, in denen der Bürge Regreß nehmen kann, ohne die gesammte Schuldsumme gezahlt zu haben, wenn ihm nämlich der Gläubiger einen Theil oder die ganze Schuld, um ihn zu beschenken, erlassen hat[169]), so wird man das geeigneten Falls auch hier annehmen dürfen. Das ist anerkannt in einer Entscheidung des Leipziger Schöffenstuhls vom März 1643 bei Carpzow, decis. illust. 67, S. 123. Jemandem war bei der Zahlung einer fremden Schuld ein Theil erlassen; seiner Einklagung soll nun die lex Anastasiana nicht entgegenstehen. Denn, so fügt Carpzow bei, deren innerer Grund treffe nicht zu, da nulla fit cessio per susceptionem debiti alieni, sed haec potius pro delegatione habetur.

§ 26. Beweis.

Es kann zweifelhaft sein, und ist in der Praxis laut Seuffert's Archiv in der That einer der strittigsten Punkte unserer Materie, ob die Zahlung wirklich aus eigenen, oder vielmehr aus des Schuldners Mitteln geschehen

169) cf. dafür Windscheid II, § 481, N. 5 mit Quellencitaten.

sei; ob also eine Zahlung fremder Schulden vorlag oder nur der Schein einer solchen. Den Beweis hat man im Allgemeinen dem beklagten Schuldner aufgebürdet.

a) Seuffert's Archiv XVII, 106; O.-A.-G. Wolfenbüttel vom 9. Juli 1844:

Die Klage auf Erstattung einer für den Mandanten geleisteten Zahlung setzt voraus nur den Nachweis des Mandates und der Zahlung, nicht auch den, daß aus eigenen Mitteln gezahlt sei. Sache des Mandanten ist es, darzuthun, er habe den Mandatar vorher oder nachher gedeckt.

b) das. XXIV, 96 — ganz ähnlich.

c) das. XXX, 24; Oberster Gerichtshof für Bayern vom 11. Nov. 1872:

Es wird das Erkenntniß der vorigen Instanz dahin abgeändert, daß Kläger nicht zu beweisen hat, er habe die Zahlung der fremden Schuld aus seinen eigenen Mitteln bewirkt.

d) das. XXXIV, 162; A.-G. Celle vom 15. Nov. 1875:

Die Zahlung einer fremden Schuld setzt zu ihrer Geltendmachung gegen den Befreiten im Allgemeinen nicht die Zahlung aus eigenen Mitteln voraus, denn auch schon darin liegt eine Aufwendung, daß man die bislang besessenen Geldstücke aufgab. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, nachzuweisen, daß die Geldstücke auf eine ihn nicht zum Ersatz verpflichtende Weise erworben sind.

Theilweise abweichend scheinen zunächst einzelne andere Erkenntnisse:

a) XXV, 80; O.-A.-G. Darmstadt vom 8. Jan. 1868:

Hat ein Socius für die Gesellschaft Schulden bezahlt, so muß er nicht nur die Zahlung beweisen, sondern auch, daß er aus eigenen Mitteln gezahlt habe. Das ist Voraus-

setzung seines Erstattungsanspruches gegen den Schuldner.

b) XX, 31; Dekret des O.-A.-G. Cassel vom 25. Aug. 1865:

Jemand hatte einen Wechsel bezahlt, während er Kassirer der schuldnerischen Firma gewesen war. Später belangte er sie aus dieser Zahlung mit der Behauptung, sie aus eigenen Mitteln gemacht zu haben. Wen trifft die Beweislast? Nach dem O.-A.-G. ist zwar an sich anzunehmen, daß der für einen Andern Zahlende dies aus eigenen Mitteln gethan hat. Aber dieser Satz „kann keineswegs so unbedingt und allgemein auf Geltung Anspruch machen, daß nicht unter Umständen auch die gegentheilige Annahme gerechtfertigt wäre". Dieß namentlich, wenn sich Jemand in einem Abhängigkeitsverhältniß zum eigentlichen Schuldner befindet und gar keine Momente dafür darthut, daß er nicht aus den Mitteln des Geschäftes, sondern aus eigenen gezahlt habe.

c) XXXV, 76; O.-A.-G. Wolfenbüttel vom 10. Juni 1879:

Es gehört zur a. neg. gest. nicht nur der Nachweis der Zahlung der fremden Schuld, sondern auch der der Vermögenszuwendung. Denn es giebt Fälle, in denen die Zahlung an sich als keine den Ersatzanspruch begründende anzusehen ist — so z. B. wenn der Zahler Verwalter des Schuldners war.

Diese Entscheidungen stehen nun u. E. mehr äußerlich, als im Grunde zu einander im Gegensatz. An sich, das bekennen sie alle, erscheint jede von mir geleistete Zahlung auch als meine Zahlung, die mich zum Ersatzanspruch gegen den Schuldner legitimirt. Wo aber Jemand einem andern Zahlungen für einen Dritten macht im Rahmen eines ihm von diesem zugewiesenen Geschäftskreises, für dessen Führung er vom dominus mit Mitteln ausgestattet ist, da wird sich die Präsumtion umdrehen und der Zahlende dar-

zuthun haben, daß diese Zahlung ausnahmsweise aus eigenen Mitteln erfolgt sei — so bei der Ehefrau, dem Verwalter, dem Socius, dem Institor.

Kap. V. Das Rechtsverhältniß des Gläubigers zum Schuldner.

§ 27. a) Normale Wirkungen.

Durch die Zahlung des Dritten wird normaler Weise die getilgte Schuld endgiltig und ipso iure aufgehoben. Das ist schon oben § 13 in anderem Zusammenhange vorgetragen. Dazu ist noch Folgendes zu erwähnen:

a) Es kann vorkommen, daß zur formellen Aufhebung der Schuld noch ein äußerer Akt hinzukommen muß, etwa acceptilatio bei Verbalkontrakten, auf dessen Vornahme der Schuldner bei eigener Zahlung Anspruch machen kann, daß der Gläubiger Schuldurkunden, Pfänder in den Händen hat, die er dem selbstzahlenden Schuldner zurückgeben müßte. Liegen ihm alle diese Pflichten auch hier ob? Man wird diese Frage leicht entscheiden, wenn man sich klar macht, daß der Grund derartiger Ansprüche des vormaligen Schuldners nicht sowohl in der durch den Schuldner, sondern in der überhaupt geschehenen Zahlung lag. Das Interesse des Gläubigers ist befriedigt, sein Anspruch folgerecht erloschen. Wo das aber der Fall, da muß es als Pflicht des Gläubigers angesehen werden, den etwa noch ausstehenden formellen Erlaßakt zu vollziehen, die Urkunden herauszugeben. Diese sind jetzt sine causa bei ihm: folglich ist es nur allgemeinen Grundsätzen entsprechend, dem Schuldner — nicht dem zahlenden Dritten — auf ihre Herausgabe die condictio sine causa zu gewähren („propter causam finitam").

So l. 2 C. IV, 9: „Dissolutae quantitatis retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanere

et ideo per condictionem reddi oportere non est iuris ambigui".

Das wird wohl niemals ernstlich bestritten werden können. Ebensowenig, daß dem durch den Dritten befreiten Schuldner die a. pigneraticia directa auf Herausgabe etwaiger Faustpfänder, auf Löschungsbewilligung von Hypotheken zustehen muß, l. 40 D. cit. XLVI, 3 (cf. auch die Entscheidungen oben § 13).

Dagegen ist ein Anspruch des Schuldners auf Ertheilung einer Quittung schwerlich zu konstruiren, wenigstens soweit man in dieser nur oder vorzugsweise ein Beweismittel geschehener Zahlung erblickt. Denn diese ist ja vom Dritten ausgegangen; er hat also auch die Quittung zu beanspruchen. Andererseits wird der vom Zahlenden auf Ersatz belangte Schuldner von ihm den Ausweis der Zahlung verlangen und Herausgabe der Quittung beanspruchen können, die ihm dem Gläubiger gegenüber sehr oft noch Dienste zu leisten verspricht.

Zahlt der Schuldner trotz der Leistung des Dritten noch selbst an den Gläubiger, so kann er, falls ihm von der Intervention nichts bekannt war, das Gegebene mit der condictio indebiti zurückfordern; entgegengesetzten Falls muß man seine Zahlung als donatio qualifiziren.

§ 28. b) Falls der Zahlende ein Rückforderungsrecht hat.

In derartigen Fällen ist der Schuldner an sich nicht befreit und kann noch mit tilgender Kraft zahlen, bezw. bleibt der Klage des Gläubigers ausgesetzt. Anders aber, wenn der Intervenient dem Gläubiger gegenüber auf die Rückforderungsklage verzichtet oder dem Schuldner dieselbe cedirt. Ersterenfalls erwirbt dieser gegen die Klage eine exc. doli, man müßte ihn dann sogar als ipso iure liberirt anzusehen haben gemäß l. 61 D. XLVI, 3 und aus dem Grunde,

weil in diesem Verzicht auf das erworbene (Rück-) Forderungsrecht der Thatbestand einer vollgiltigen Zahlung der fremden Schuld per compensationem gefunden werden dürfte. Letzterenfalls besteht zwar die Klage des Gläubigers noch an sich, kann aber mittelst der condictio cessa einredeweise beseitigt, es kann auch eventuell das Gezahlte damit zurückgefordert werden (l. 31 cit D. V, 3).

§ 29. Verpflichtung des Gläubigers zur Eintreibung vom Dritten.

Oft wird der Schuldner den Gläubiger, allein oder neben gleichzeitiger Zahlungsanweisung an den Dritten, der hier meist sein Schuldner sein wird, anweisen, sich seine Schuld von diesem bezahlen zu lassen, vgl. Dernburg II, § 55, N. 10. Das kann sein:

a) datio in solutum.

b) meist aber geschieht es nur „zahlungshalber". Dann ist Gläubiger, in der Regel ex mandato, verpflichtet, das Seinige zur Eintreibung vom Dritten zu thun (Dernburg a. a. O.); „er verzichtet dadurch darauf, vom Schuldner selbst Zahlung beizutreiben, ehe er den Versuch gemacht hat, dieselbe von dem Dritten zu erlangen". Der Schuldner andererseits ist alsdann haftbar für den Schaden und die Kosten, welche dem Gläubiger durch vergebliche Eintreibungsversuche erwachsen.

Das Nähere gehört nicht hierher.

Anhang. Die Partikularrechte.

I. Preußen.

Das Allgemeine Landrecht behandelt unsere Materie in §§ 43—51, T. I, Tit. 16:

§ 43: „Wer die Schuld eines Andern mit oder ohne

Auftrag bezahlt, befreit zwar denselben von seiner Verbindlichkeit."

§ 44: „Soweit aber das Gezahlte nach den unten folgenden Vorschriften zurückgefordert werden kann, tritt auch die Verbindlichkeit des vorigen Schuldners wieder ein" (§§ 72, 73).

§ 45: „Die Rechte des Zahlenden gegen den Schuldner sind, je nachdem er die Zahlung mit oder ohne Auftrag desselben geleistet hat, nach den Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes im dreizehnten Titel zu beurtheilen."

§ 46: „Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner, auch ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des bezahlten Gläubigers".

§ 47: „Insofern aber der bezahlten Forderung nach ihrer Qualität gewisse Vorrechte beiwohnen, kann der Zahlende sich dieser Vorrechte gegen einen Dritten, ohne ausdrückliche Cession, in der Regel, und wenn nicht besondere Gesetze ein Anderes vorschreiben, nicht bedienen".

§ 48: „Ebenso erlangt der Zahlende, auf eine für die Forderung durch Bürgen oder Pfand bestellte Sicherheit, die Rechte des Gläubigers in der Regel nur durch die ausdrückliche Cession desselben".

§ 49: „Unter eben den Umständen, wo der Gläubiger von seinem Schuldner selbst Zahlung anzunehmen verbunden sein würde, kann er die Annahme derselben von einem Dritten, welcher statt des Schuldners zahlen will, und in der Verwaltung seines Vermögens nicht eingeschränkt ist, nicht verweigern."

§ 50: „Soweit der Gläubiger dergleichen Zahlung von einem Dritten anzunehmen schuldig ist, soweit ist er auch demselben seine Rechte an den Schuldner abzutreten verpflichtet".

§ 51: „Wenn aber Beide, der Gläubiger und Schuldner,

der von einem Dritten angebotenen Zahlung widersprechen, so kann dieselbe dem Ersteren nicht aufgedrängt werden".

Der Sinn dieser Bestimmungen ist nun keineswegs überall zweifelsfrei, und in der Litteratur hat man sich dementsprechend sehr lebhaft[170]) mit ihnen beschäftigt.

Die hauptsächlichste Abweichung vom Gemeinen Recht besteht wohl in der cessio legis des § 46, einer Bestimmung, die man vom Standpunkte einer Zahlung animo solvendi aus nur als verfehlt bezeichnen kann. Dementsprechend hat man denn wohl auch die Meinung ausgesprochen, der § 46 handle nur von einer Zahlung emendi, gar nicht von der solvendi animo — so Koch[171]) und Förster[172]), wobei man in der beschränkenden Beifügung „in der Regel" einen Stützpunkt zu finden wähnte. So auch das Obertribunal in Striethorst's Archiv, Bd. LXXVIII, S. 26. Dagegen haben sich aber mit entscheidenden Gründen Schollmeyer (a. a. O. S. 26) und Dernburg (Pr. R. II § 82, N. 11) erklärt. In der That ist in § 46 für diese Unterscheidung kein Raum; das Landrecht wollte sie vielmehr, wie Dernburg ausführt, gerade abschneiden. Daß die fraglichen Bestimmungen nicht nur vom Kauf der Forderung verstanden werden können, beweist § 51, laut dessen sich Gläubiger mangels Widerspruches des Schuldners die Zahlung gefallen lassen muß — das paßt doch gewiß nicht zur causa emendi. Jedenfalls wollte man mit der Bestimmung nicht sowohl neues Recht schaffen, als „viel-

---

170) Vgl. außer den Kommentaren von Koch und Rehbein-Reincke namentlich Gruchot, Zahlung, S. 31 fg.; v. Diepenbroick-Grüter in Gruchot's Beiträgen III, 1 fg.; Korte das. I, 367 fg.; Eccius, Pr.-R., Aufl. VI, I, S. 564, namentlich aber Schollmeyer in der öfters citirten Schrift.

171) zu § 46, N. 19.

172) I, § 91, N. 28, dieser aber wohl mehr dem Wortlaut als dem Sinne nach.

mehr das geltende Recht unter Beseitigung etwaiger Kontroversen fixiren" [173]).

Nur die Nebenrechte sollen zu ihrem Uebergange auf den Intervenienten der besonderen Cession bedürfen, und wohl vorwiegend ihretwegen ist in § 50 noch ein besonderes beneficium cedendarum actionum gewährt.

Streitig ist nun aber das Verhältniß dieser actio cessa zu den dem Zahler aus Mandat oder Geschäftsführung etwa erwachsenden Klagen. Es wird gestritten darüber, ob gegebenen Falls beide Klagen miteinander konkurriren, oder ob die actio cessa nur subsidiär zur Anwendung komme, wenn keiner jener besonderen Ansprüche begründet ist. Ferner darüber, ob jede Zahlung fremder Schulden ohne Weiteres als negotiorum gestio aufzufassen sei, so daß also die Geschäftsführungsklage mit ihrer gewöhnlichen Verjährung neben der, vielleicht kürzerer Verjährung unterworfenen, actio cessa am Platze sei. Letzteres ward namentlich früher vielfach angenommen, vgl. die Citate bei v. Diepenbroick a. a. O., ist aber von diesem mit überzeugenden Gründen bekämpft worden — er läßt die Klage nur bei Mandat und wirklich nützlicher Geschäftsführung ein neues Fundament gewinnen — und jetzt wohl ziemlich allgemein aufgegeben. So namentlich in einer neueren Entscheidung des Obertribunals [174]). Der Appellationsrichter hatte gefolgert, daß der Kläger gleichzeitig als Cessionar des Gläubigers und als negotiorum gestor in Betracht komme. Dagegen wird bemerkt: der § 46 bezweckt keine Einschränkung oder Schmälerung der aus der Zahlung entstehenden Ansprüche, sondern die Erleichterung ihrer Geltendmachung, falls weder Mandat noch Geschäftsführung vorliegt. Alsdann ist er aus-

173) cf. die bei Gruchot abgedruckten Worte von Suarez, sowie Gruchot's eigene Ausführungen.

174) Striethorst's Arch., Bd. LXXXIII, 73; bei Rehbein, Entsch. III, S. 41.

schließlich maßgebend. Findet der Richter, daß beides auf den Kläger anwendbar ist, Mandat bezw. neg. gestio und cessio actionis, so muß er von der ihm günstigeren Auffassung ausgehen. Aehnlich Förster-Eccius.

U. E. liegt die Sache so. Sofern der Intervenient beauftragt war, ist die Mandatsklage anwendbar; sofern er als unbeauftragter Geschäftsführer auftrat, die a. neg. gest. Ist eine von beiden begründet, dann kann wegen der Konkurrenz der nach § 46 übergegangenen Klage nicht eine kürzere Verjährung oder sonstige Schmälerung des Regreßanspruches eintreten, da dieser § 46 offensichtlich die Stellung des Zahlenden verbessern, nicht verschlechtern wollte. Eine Konkurrenz beider mag angenommen werden: aber dann darf jener die jeweilig für ihn günstigere Klage auswählen. Daß ferner der Schuldner gegen die Geschäftsführungsklage die dem ursprünglichen Anspruch entgegenstehenden Einreden opponiren kann, ist nach dem eben Ausgeführten auch für das Preußische Recht selbstverständlich: wer eine gehemmte Schuld tilgt, dessen Handeln ist eben kein utiliter gerere.

Eine unzulässige Benachtheiligung erleidet andererseits der Schuldner durch die cessio actionis nicht, da er selbstverständlich alle gegen den Cedenten zuständigen Einreden auch dem Cessionar entgegensetzen kann.

Nur in zwei Punkten enthält danach das Preußische Recht sachlich bedeutsame Neuerungen:

1) immer da, wo weder Mandat noch negotiorum gestio zum Ziele führen, namentlich beim Zahlen wider Willen des Schuldners, kann Intervenient die actio cessa geltend machen; überhaupt ist er des Beweises der causa enthoben und kann sich, was prozessualisch eine erhebliche Erleichterung sein mag, einfach auf die actio cessa berufen.

2) Durch das ben. cedendarum actionum des § 50 bekommt der Zahlende ferner Gelegenheit, auch Bürgen, Pfänder und andere Neben- oder Vorrechte zu erlangen

und sich dadurch, entgegen dem Gemeinen Recht, eine erhöhte Sicherheit für seinen Regreßanspruch zu verschaffen.

Greift nun aber die actio cessa ohne Rücksicht auf die causa, namentlich den etwa vorhandenen animus donandi, durch? In derartigen Fällen wird man sie wohl mittels exc. doli paralysiren können, da es dolos sein würde, entgegen dem ausgesprochenen und vielleicht durch vertragsmäßige Verpflichtung festgestellten Schenkungswillen sich auf jenes formelle Recht des § 46 zu berufen. Ja, man wird mit Dernburg (§ 82 Nr. 11) weitergehen und diese Bestimmung überhaupt nicht zur Anwendung kommen lassen, „wenn der Zahlende keinen Regreß haben kann oder will".

Zweifelhaft sind noch folgende Punkte:

a) Sind unsere Bestimmungen nur auf eigentliche Zahlung anwendbar, wie Eccius und Schollmeyer S. 72 wollen, oder auch auf alle Erfüllungssurrogate, wie Dernburg vermeint? Letzteres wird dem Sinn des Landrechts angemessener sein: es handelt sich doch weniger um positive Satzung, als um einen Ausfluß der naturalis ratio, oder doch dessen, was die Redaktoren des Landrechts dafür ansahen.

b) Ist daneben noch ein Anspruch wegen nützlicher Verwendung am Platze? Dafür, falls weder Mandat noch Geschäftsführung vorliegt, Schollmeyer S. 32 fg., der für ihn aber die Verjährungsfristen der actio cessa annimmt. Aehnlich auch das Ob.-Trib., Rechtsfälle IV, S. 118 fg.; Arnsberger Archiv XII, 326. Dagegen haben sich aber erklärt Jacobi[175]), v. Diepenbroick[176]) und Dernburg[177]); und zwar mit Recht. Ganz abgesehen davon, daß das Landrecht im Allgemeinen einem Eindrängen in fremde Vermögenssphären ungünstig

175) Lehre von der nützlichen Verwendung. S. 179, N. 31.
176) a. a. O.
177) II, § 94, N. 9.

gegenübersteht[178]), ist zu erwägen, daß der § 46 doch sehr überflüssig erschiene, wenn wirklich das Zahlen einer fremden Schuld ohnedies schlechthin eine Klage begründet. Ferner ist keineswegs jede Intervention eine versio. Die Verwendungsklage ist auch möglicherweise von andern Verjährungseinflüssen abhängig als die Hauptklage; nimmt man aber mit Schollmeyer das Gegentheil an, so tritt doch unter ihrer Maske in Wahrheit nichts weiter als die actio cessa zu Tage.

c) Ist § 46 auf alle Forderungen anwendbar? Nach Schollmeyer S. 73 und Dernburg II, § 94, ist die Frage wohl mit Recht zu verneinen und die Bestimmung auf Geldschulden zu beschränken.

II. Oesterreich.

Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch enthält folgende Sätze:

§ 1358. „Wer die Schuld eines anderen bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherheitsmittel auszuliefern."

§ 1422. „Kann und will ein Dritter anstatt des Schuldners mit dessen Einverständniß nach Maß der eingegangenen Verbindlichkeit zahlen, so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen."

§ 1423. „Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten nicht aufgedrungen werden."

Darüber ist zu vergleichen namentlich Hasenöhrl[179]),

178) Förster, Theorie I, § 91, N. 33.
179) Oesterr. Obl.-Recht II, S. 375.

und über das Verhältniß der verschiedenen Bestimmungen zu einander die kleine interessante Schrift von v. Schey[180]). Es ist bestritten, so führt letzterer aus, ob der in der Lehre von der Bürgschaft stehende § 1358 sich nur auf Bürgen oder doch sonstige einzelne Fälle beschränkt, oder aber allgemein gilt. Während sich nun Strohal[181]) für die weitere Anwendung erklärt und ausgeführt hatte, daß der § 1358 offenbar den allgemein zu verstehenden Bestimmungen des allgemeinen Landrechts nachgebildet sei, daß somit neben dem Bürgen auch der sonstige Zahler einer fremden Schuld dieselbe ipso iure, wenn schon nicht vermittels eines Kaufes erwerbe, redet nach Schey der § 1358 nur von der Zahlung formell eigener, materiell fremder Schulden. In diesen Fällen nämlich bedeutet die Intervention nicht Tilgung, sondern Einlösung der Schuld, sie ist hier also keine Verwendung. Neben dem Bürgen gehören hierher auch der nachstehende Pfandgläubiger, der Beneficialerbe und gewisse andere Klassen.

Soweit nun aber der gesetzliche Eintritt erfolgt, geschieht er ohne Rücksicht auf den Willen des Zahlenden, also auch bei Zahlung mit animus donandi. Nur steht alsdann der Regreßklage die exc. doli entgegen (S. 21). Ferner erwirbt er die Forderung sammt allen Vorrechten, aber auch Einreden; weitergehende Rechte nur dann, wenn er als Mandatar oder Geschäftsführer auftrat. Dagegen bei Zahlung formell und materiell fremder Schulden bedarf es noch einer besonderen cessio; sie muß der Zahlende vor der Zahlung verlangen, widrigenfalls der Anspruch erlischt und nur ex mandato oder negotiorum gestione, auch nach § 1042, noch geklagt werden kann (beide konkurriren miteinander, ebenso

---

180) Das Regreßrecht bei Zahlung fremder Schulden nach dem Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Graz 1891.

181) Grünhut's Zeitschr. IX, S. 671.

wie neg. gestio und versio). Der Grund der verschiedenen Behandlung beider Klassen ist nach Schey:

„Wer eine ihm materiell fremde Schuld bezahlt, weil er durch die Rechtslage dazu genöthigt ist, der soll auch bez. des Regreßrechtes möglichst günstig gestellt werden."

III. Sachsen.

Bürgerliches Gesetzbuch § 690:

„Die Erfüllung kann für den Verpflichteten, selbst ohne dessen Einwilligung, von einem Anderen geschehen, und es ist der Berechtigte die Erfüllung durch einen andern anzunehmen verbunden."

§ 955. „Wird ein Gläubiger von einem Dritten an der Stelle des Schuldners befriedigt, und hat der Dritte sich vor oder bei der Befriedigung die Abtretung der Forderung ausbedungen, so ist die Forderung mit der Befriedigung ohne Weiteres als dem Dritten abgetreten anzusehen."

Zum § 690 bemerkt Siebenhaar[182]): Ist eine Forderung auf eine Leistung des Verpflichteten in Person beschränkt, so muß dieser selbst erfüllen. In anderen Fällen kann die Erfüllung für den Verpflichteten selbst ohne dessen Einwilligung von einem Anderen geschehen und der Berechtigte muß dies annehmen, widrigenfalls er in Verzug gesetzt wird.

IV. Bayern.

a) Bayerisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) T. IV. Kap. 14 § 3.

„Nachdem man der bekannten Rechtsregel nach eines Andern Kondition zwar niemals schlechter, wohl aber

182) Kommentar II, S. 27, cf. auch S. 62.

besser machen kann, so mag auch 1 mo ein Dritter, sowohl mit als ohne oder gegen den Willen des Schuldners bezahlen, sofern er es 2 do nur aus eigenen Mitteln und statt des Debitors thut, denn sonst kann er das Bezahlte per Condictionem indebiti wiederum zurückfordern. Uebrigens hat 3 tio die durch einen Dritten geschehene Zahlung so viele Wirkung, daß der Schuldner in Ansehen des Gläubigers ebenso, als wäre er Selbst-Zahler gewesen, dadurch entbunden wird. Soviel hingegen 4 to den Regreß des Dritten an gedachten Schuldner belangt, sind drei Fälle zu distinguiren: Erstens ob er gegen den Willen des Schuldners, oder zweitens nur ohne sein Vorwissen, oder drittens wo nicht aus Befehl, doch wenigstens mit Vorwissen desselben ohne Widerrede bezahlt habe. Erstenfalls gebührt ihm gar kein Regreß mehr an ihn, sondern die Zahlung wird vielmehr für eine Schenkung erachtet. Zweitenfalls aber kann er ihn Actione Negotiorum gestorum, und drittenfalls ex Mandato um die Schadloshaltung belangen."

b) Entwurf eines B.-G.-Buches für das Königreich Bayern, II Art. 165:

„Die von einem Dritten an den Gläubiger bewirkte und von diesem angenommene Zahlung steht der durch den Schuldner selbst bewirkten Leistung gleich, auch wenn dieselbe nicht im Auftrage oder mit Genehmigung des Schuldners geschehen ist[183])."

V. **Frankreich** (Baden).

Code civil und Badisches Landrecht, Art. 1236:

183) cf. dazu Motive, S. 104, und die Bemerkungen von Gruchot, dessen sorgfältige Zusammenstellung des partikularrechtlichen Materials wir im Anhang fast ständig zu Grunde legen.

„Einer Verbindlichkeit kann der Schuldner durch Jeden, der dabei betheiligt ist, z. B. durch einen Mitschuldner oder einen Bürgen entladen werden. Selbst ein dritter Nichtbetheiligter befreit ihn, wenn er im Namen des Schuldners und für dessen Rechnung zahlt, oder für das im eigenen Namen Gezahlte nicht in die Rechte des Gläubigers eintritt."

Art. 1242. „Der in den vorhergehenden Sätzen zugelassene Rechtseintritt wirkt wider die Bürgen sowohl als wider die Schuldner; er bringt dem Gläubiger, der nur zum Theil befriedigt worden ist, keinen Nachtheil, ja dieser geht mit dem Rest seiner Forderung demjenigen, der ihm zum Theil bezahlt hatte, wenn dieser auf den Schuldner zurückgreift, in der Zahlung vor."

Art. 1251. „Kraft des Gesetzes tritt in die Rechte des Gläubigers . . . . .

3) Derjenige, dem, weil er mit Andern oder für Andere die Schuld zu zahlen hatte, daran gelegen war, daß sie getilgt wurde."

Art. 1259. „Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers kommt einem dritten Zahler nur zu gut, wenn ein Vertrag oder Gesetz ihn begründet."

Auf die massenhafte Litteratur kann hier nicht eingegangen werden, wir verweisen nur auf Zachariae (Franz. Civilr. § 316) und Crome (Grundl. d. franz. Obl.-R. S. 276, 287), wo sich weitere Angaben finden; ferner geben Einschlägiges Demolombe (I, 76/77; 27, 58/60); Duranton (III, 701), Laurent (XVII, 486, XVIII, 1); Pardessus (II, N. 1196) und Sirey (XV, II, 235).

VI. Züricher Gesetzbuch.

§ 1042. „Auch wenn ein Andrer als der Schuldner selbst die Zahlung in der Absicht leistet, die Schuld zu tilgen, wirkt dieselbe auflösend."

VII. Hessischer Entwurf eines B.-G.-B.

I, Art. 278: „Die Zahlung liegt dem Schuldner ob, und er muß solche selbst ausführen, wenn es bei Erfüllung der Verbindlichkeit auf eine persönliche Eigenschaft desselben ankommt.

Der Schuldner kann auch durch einen freiwilligen oder nothwendigen Stellvertreter Zahlung leisten."

Das. 279. „Selbst jeder dritte bei der Schuld nicht Betheiligte kann da, wo die Zahlung nicht durch den Schuldner persönlich geschehen muß, statt des letzteren zahlen, um ihn von der Schuld zu befreien."

„Gegen den Willen des Schuldners kann jedoch der Gläubiger zur Annahme der Zahlung von einem unbetheiligten Dritten nicht genöthigt werden".

VIII. Württembergischer Entwurf von 1839.

Art. 321. „Wer eine Schuld mit Anderen oder für Andere zu bezahlen hat, oder überhaupt bei ihrer Tilgung betheiligt ist, tritt durch Befriedigung des Gläubigers in seine Rechte ein, ohne daß es einer Abtretung bedürfte."

IX. Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse.

T. I Art. 234. „Der Schuldner muß in Person erfüllen, wenn es bei der Erfüllung auf seine Person ankommt. . . .

„— ein Dritter kann für den Schuldner auch ohne dessen Einwilligung erfüllen und der Gläubiger ist verpflichtet, die Erfüllung des Dritten anzunehmen, ausgenommen, wenn der Schuldner Widerspruch dagegen erhoben hat".

X. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Erste Lesung § 227:

„Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann die Leistung auch durch einen Dritten bewirkt werden, ohne daß es der Einwilligung des Schuldners bedarf.

„Widerspricht der Schuldner der Annahme der Leistung, so kann der Gläubiger die letztere ablehnen. Nimmt der Gläubiger die Leistung an, so wird der Schuldner ungeachtet seines Widerspruchs befreit."

Zweite Lesung § 224:

„Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann die Leistung auch ohne seine Einwilligung durch einen Dritten bewirkt werden. Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner der Annahme widerspricht."

Also im Allgemeinen Annahmepflicht des Gläubigers; nur nicht gegen den übereinstimmenden Willen seiner und des Schuldners, ebensowenig natürlich bei nicht fungiblen Leistungen. Ferner kann nach § 269 (317) der Zahlende, also nicht nothwendig der Schuldner, Quittung fordern.